

PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

JAVIER BARCELONA LLOP
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNAS CLAVES DE LA EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL: 1. *Protagonismo de la primera norma*. 2. *Bienes: una noción autónoma*.—III. PRIVACIÓN.—IV. INDEMNIZACIÓN.—V. CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA. PROPORCIONALIDAD.—VI. EXIGENCIAS DE LEGALIDAD.—VII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL.—APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

RESUMEN

La segunda norma del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional». La interpretación de la norma exige estudiar el concepto de privación y precisar el significado de los requisitos que figuran específicamente en ella, pero también otros aspectos (concepto de bienes, justo equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos individuales) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado a la luz de la garantía europea del derecho de toda persona física o jurídica al respeto de su bienes (primera norma del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional) y que repercuten directamente sobre la segunda (especialmente en relación con la exigencia de una indemnización en caso de privación).

Palabras clave: Convenio Europeo de Derechos Humanos; privación de la propiedad; justo equilibrio; indemnización.

ABSTRACT

The second rule of article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights stipulates that «No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject the conditions provided for by law and by the general principles of international law». The interpretation of the aforementioned rule requires studying the concept of deprivation and clarifying the meaning of the requirements specifically listed in it. Some other aspects that the European Court of Human rights has analysed in the light of the European guarantee of the right of every natural or legal person to the peaceful enjoyment of his possessions (first rule of article 1 of the Protocol) should be also considered (concept of possession, fair balance between the general interest and the protection of individual rights), since they have a direct impact on the second rule (especially in relation to the demand for compensation in case of deprivation).

Key words: European Convention on Human Rights; protection of property; fair balance; compensation.

* Versión escrita de la intervención del autor en el Congreso *Historia de la propiedad. La expropiación forzosa*, celebrado en Salamanca en septiembre de 2010 bajo la dirección de S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDY y E. TORIJANO. Estas páginas anticipan algunas de las ideas que se desarrollan ampliamente en un estudio en curso de elaboración, unas y otro en el marco del proyecto DER2009-14473-C02-01, cuyo investigador principal es el profesor Luis MARTÍN REBOLLO.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 situó al de propiedad en el selecto grupo de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre cuya conservación se consideraba el objeto de toda asociación política; el artículo 17, recalando que era inviolable y sagrado, admitió no obstante su privación «lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité». Desde entonces hasta hoy ha corrido agua en abundancia bajo los puentes de la vieja Europa y las concepciones acerca del derecho de propiedad han sufrido una importante evolución, como también las relativas a la potestad expropiatoria; sin embargo, la garantía de aquel derecho y la previsión de su privación, sujeta ésta a determinadas condiciones y requisitos, siguen yendo de la mano en los textos fundamentales. Valga el recordatorio del artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que cronológicamente es el último testimonio de esa vinculación normativa secular entre el reconocimiento del derecho de propiedad y la admisión de su privación imperativa¹.

A idéntica estructura obedece el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio), firmado en París el 20 de marzo de 1952 por los mismos Estados que habían firmado aquél en Roma apenas quince meses atrás². Su texto es el siguiente:

¹ No hemos de volver sobre este artículo 17.1, pero no está de más recordar que la jurisprudencia de Estrasburgo relativa al precepto europeo que va a ocuparnos a lo largo de las páginas siguientes constituye una herramienta de primer orden para su exégesis, como consta en la *explicación* pertinente del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y se deduce del artículo 52.3 de la misma. Es verdad que entre el artículo 1 del Protocolo Adicional y el artículo 17.1 de la Carta median diferencias no poco importantes, pero la interpretación jurisprudencial del primero tiende entre ellos un puente sólido que sin duda las salva; de hecho, la doctrina que ha analizado la protección que la Carta dispensa al derecho de propiedad y estudia las condiciones de su privación toma a la jurisprudencia de Estrasburgo como punto de referencia. Por ejemplo, H. PAULIAT, «Article II-77-§1. Droit de propriété», en L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE y F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, tomo 2, Bruylant, 2005, págs. 232 ss.; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLES, «Artículo 17. Derecho a la propiedad», en A. MANGAS MARTÍN (Dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, págs. 339 ss.

² El Primer Protocolo Adicional no se refiere únicamente al derecho de propiedad, pues también garantiza el derecho a la instrucción y el derecho a elecciones libres. Junto a los Protocolos 4, 6, 7, 12 y 13, pertenece a la categoría de los que añaden derechos al catálogo de los inicialmente garantizados y nos referiremos a él en lo sucesivo como el Protocolo o el Protocolo Adicional; en la actualidad, está vigente en todos los Estados miembros del Consejo de Europa, excepto en Suiza y en Mónaco (que lo han firmado en 1976 y 2004, respectivamente), aunque no puede afirmarse con certeza que sea a causa del modo en que garantiza el derecho de propiedad que esos dos Estados no lo hayan ratificado puesto que, como hemos se-

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

Que la materia no accediera al texto del Convenio se debe a que las negociaciones sobre el particular encallaron por razones que no es caso de relatar ahora³. Sí conviene mencionar, en cambio, que el precepto no garantiza formalmente el derecho de propiedad y que omite toda referencia a la indemnización en caso de privación o expropiación, en contraste con lo que disponían los textos más representativos del constitucionalismo europeo de la época (arts. 42 de la Constitución italiana de 1947 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949) e incluso de la anterior a la Segunda Guerra Mundial (arts. 153 de la Constitución de Weimar y 44 de la española de 1931). El contraste crítico entre el tenor literal del artículo 1 del Protocolo Adicional y el de esos otros potenciales referentes normativos está sin duda servido; pero con independencia de cuáles fueron los motivos que determinaron que las negociaciones conducentes a la adopción del precepto desembocaran en una formulación normativa que hoy podemos tener por manifiesta-

ñado, protege también otros derechos. El Protocolo entró en vigor para España el 27 de noviembre de 1990, más de doce años después de su firma. Las razones de tanto retraso no son fáciles de advertir (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo», *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1990, págs. 26-27), como tampoco es sencilla la comprensión de la reserva formulada por nuestro país al artículo 1; sobre este punto, y además del trabajo últimamente citado, J. A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, 2003, págs. 35-36; J. BARNÉS, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada», en el libro, coordinado por él mismo, *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Ed. Tecnos, 2005, págs. 124-125. Precisemos que la citada reserva, publicada en el BOE de 12 de enero de 1991, se formula a la luz del artículo 33 de la Constitución con el deseo de «evitar cualquier incertidumbre en lo que se refiere a la aplicación del artículo 1 del Protocolo».

³ Vid. Y. HAECK, «The genesis of the property clause under article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights», en H. VANDENBERGHE (Ed.), *Propriété et droits de l'homme. Property and human rights*, Die Keure/La Chartre-Bruylant, 2006, págs. 163 ss.; C. B. SCHUTTE, *The European Fundamental Right to Property*, Kluwer-Deventer, 2004, págs. 16 ss. El episodio revela la incierta situación del derecho de propiedad en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos, de la que habla F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008 (9.^a ed.), pág. 569.

mente mejorable, lo decisivo es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) ha colmado lagunas y resuelto aparentes imprecisiones en los términos que comentaremos más adelante.

Si el Protocolo Adicional entró en vigor el 18 de mayo de 1954, al cumplirse la exigencia del depósito de diez instrumentos de ratificación, no nació propiamente a la vida jurisprudencial hasta la sentencia *Sporrong y Lönnröth* (1982), siquiera la Comisión se hubiera ocupado antes del mismo y avanzado algunos argumentos que luego figurarán en la exégesis jurisdiccional del precepto⁴. No hemos de extraer ninguna conclusión importante de la circunstancia de que el Tribunal tardara más de dos décadas en abordar frontalmente la elucidación de la garantía europea del derecho de propiedad⁵, pero sí constatar que, una vez franqueada la puerta, la frecuencia de sus pronunciamientos comenzó a ser regular para, aproximadamente en el tránsito entre los dos siglos, adquirir un ritmo en verdad enérgico, casi torrencial. Muestra de ello es que si hasta el último suspiro del año 2010 el Tribunal ha constatado en 11.438 sentencias la violación de, al menos, uno de los preceptos del sistema del Convenio, 2.414 han declarado la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional⁶. No todas ellas se refieren a violaciones consistentes en privaciones de la propiedad, pues las injerencias susceptibles de análisis y eventual censura a la luz del precepto son de índole muy diversa, pero la cifra revela la extraordinaria vitalidad jurídica alcanzada en relativamente poco tiempo por una disposición hasta hace no mucho sumida, por las razones que fueren, en una suerte de letargo.

En lo sucesivo, centraremos nuestra atención en los aspectos más destacados del régimen europeo de las privaciones de la propiedad, teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia de Estrasburgo como la doctrina que la analiza y esclarece. Repararemos en primer lugar en ciertos aspectos de orden general e interesantes para la debida comprensión de artículo 1 del Protocolo para, después, descender a las es-

⁴ Cfr. A. DRZEMCZEWSKI, «Le droit à la propriété et la Commission Européenne des Droits de l'Homme», en G. GUERIN (Ed.), *Il diritto de proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 1989, págs. 27 ss.

⁵ Dicho plazo se señala teniendo en cuenta que la primera sentencia del Tribunal sobre el fondo de un asunto (*Lawless contra Irlanda*) data de 1961.

⁶ Tomo los datos de la página web del Tribunal (<http://www.echr.coe.int/echr>; última entrada: 21 de febrero de 2011). De los 45 Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Protocolo Adicional (ya hemos mencionado que Suiza y Mónaco no lo han hecho), Turquía, Rumania, Rusia, Italia y Ucrania son los que, con diferencia, acumulan mayor número de sentencias en contra (574, 431, 430, 297 y 293, respectivamente); a la fecha de cierre del presente trabajo, España ha sido condenada únicamente dos veces: asuntos *Muñoz Díaz* (2009) y *Tendam* (2010), ninguno de los cuales tiene que ver con la privación de la propiedad.

pecíficas cuestiones que suscita la segunda frase de su párrafo primero, que es la que realmente nos interesa [«(n)adie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional»].

II. ALGUNAS CLAVES DE LA EXÉGESIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO ADICIONAL

1. *Protagonismo de la primera norma*

Ninguna de las versiones auténticas del artículo 1 del Protocolo Adicional indica expresamente que protege el derecho de propiedad. Según la inglesa, «[e]very natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions», mientras que la francesa señala que «[t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens». El Tribunal, sin embargo, aclaró que el precepto garantiza el derecho de propiedad en la primera ocasión que tuvo de aludir al mismo. Haciéndose eco de las diferencias terminológicas que se aprecian entre aquellas versiones, apuntó la idea en *Handyside* (1976, § 62) y la confirmó en *Marckx* (1979), indicando en ésta que el artículo 1 garantiza en sustancia el derecho de propiedad (§ 63) y que se refiere únicamente al disfrute de bienes cuya titularidad ya se posee, no a aquellos cuya titularidad está por adquirir a través de un medio u otro (§ 50). Si cabe pensar que el Tribunal reformuló el derecho protegido⁷, no podemos sino constatar que merced a ello el sistema del Convenio se aproximó a los textos constitucionales que, formalmente, garantizan el derecho de propiedad.

En los dos casos citados, el Tribunal se detuvo en el precepto de modo casi tangencial pues los elementos principales de los litigios eran otros. Será en la sentencia *Sporrong y Lönnröth* (1982) donde desvele la economía interna del artículo 1 del Protocolo Adicional en unos términos que no han variado sustancialmente desde entonces⁸. En sínte-

⁷ En este sentido, F. SUDRE, «Le 'droit' au respect de ses biens' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», *Rec. Dalloz Sirey*, 1988, pág. 72; *Droit européen*, cit., pág. 570. Es digno de mención que, en el caso *Marckx*, el juez Fitzmaurice discrepa del parecer de la mayoría en punto al alcance del artículo 1 del Protocolo Adicional; a su juicio, el principal objeto del precepto, si no el único, es prevenir embargos, extorsiones, confiscaciones, expropiaciones y otras intromisiones arbitrarias en el disfrute de los bienes.

⁸ La doctrina es unánime en señalar la importancia capital de esta sentencia; valgan como muestra: L. CONDORELLI, «Premier Protocole additionel. Article 1», en L. E. PETTITI, E. DECAUX y P. H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1999 (2.ª ed.), pág. 973; L. SERMET, *La Convention européenne des*

sis, el Tribunal sostiene que el precepto se descompone en tres normas distintas: la que enuncia el principio del respeto a la propiedad (primera frase del primer párrafo), la que habilita su privación (segunda frase del primer párrafo) y la que permite reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general (segundo párrafo)⁹. Hasta aquí, nada que no pudiera deducirse limpiamente de la sistemática de la disposición; pero el Tribunal añade que antes de pronunciarse sobre la observancia de la primera norma debe estudiar si la segunda o la tercera son aplicables (§ 61). Esta afirmación, a primera vista poco jugosa, encierra dos consecuencias sobresalientes: a) que existen injerencias que no se resuelven en una privación o en la reglamentación del uso de los bienes, y b) que la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional tiene un contenido sustantivo, aparentemente oculto bajo su anodino tenor literal. Veámoslo.

Si el Tribunal cree que, en un caso determinado, debe analizar la aplicabilidad de las normas segunda y tercera antes de pronunciarse sobre la observancia de la primera, es porque considera posible enjuiciar a la luz del artículo 1 del Protocolo Adicional injerencias cuya fisonomía no encaja en las específicamente tipificadas; esto es, que la privación y la reglamentación del uso de los bienes no agotan todas las hipótesis, que existen o pueden existir otras¹⁰. ¿Y cuáles pueden ser? El Tribunal acuña una expresión de enorme fuerza plástica pero de muy poca capacidad descriptiva: se refugia en la primera norma si considera que existe una injerencia constitutiva de un atentado a la *sustancia del derecho de propiedad*, expresión que figura literalmente en la sentencia *Sporrong y Lönnröth* para acentuar que la injerencia identificada en el caso no era una privación (§§ 60 y 63), y que sirve para lo mismo si no cabe encajarla en el concepto de reglamentación.

No hace falta argumentar que el Tribunal ha ensanchado el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional al admitir que

Droits de l'Homme et le droit de propriété, Consejo de Europa, 1999, pág. 11; M. AGUILERA VAQUÉS, «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPyC, 2005, págs. 768-769; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, «Le droit au respect de ses biens: une clause déclaratoire ou une "omnibus" norme?», en H. VANDENBERGHE (Ed.), *Propriété et droits de l'homme*, cit., pág. 4; J. F. RENUCCI, *Traité de Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, pág. 514; J. P. MARGUÉNAUD, «Le droit de propriété», en F. SUDRE, J. P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE y M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2009 (5.^a ed.), pág. 703.

⁹ En el caso, el Tribunal no hace mención específica al derecho de los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para garantizar el pago de impuestos, contribuciones o multas. L. SERMET (*op. cit.*, pág. 8) apunta que ello se debe a que considera que se trata de una modalidad de reglamentación del uso de los bienes.

¹⁰ Cfr. D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES y C. BUCKLEY, *Law of European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009 (2.^a ed.), págs. 666 y 672; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 33.

cabe analizar a la luz del mismo injerencias no tipificadas, que deberán identificarse *ad casum* a partir de la idea de atentado a la sustancia del derecho de propiedad. Con no ser poco, lo indicado no es todo. La jurisprudencia posterior no sólo acredita que la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional alberga injerencias que no son privaciones o reglamentaciones, sino también, y no es un supuesto tan raro, que el Tribunal la aplica cuando la complejidad fáctica y/o jurídica del litigio dificulta ubicar la injerencia en una categoría precisa¹¹; tampoco faltan ocasiones en las que analiza el litigio a la luz de la primera norma sin explicar por qué¹². En estas condiciones, no es extraño que la doctrina hable de *clause fourre-tout* o de *omnibus norme*¹³.

Pero lo indicado sigue sin ser todo porque aún es necesario tener en cuenta la segunda consecuencia, esto es, la que atañe al hallazgo en la primera norma de un criterio material de enjuiciamiento. Si éste no existiera, ningún sentido tendría identificar injerencias susceptibles de análisis conforme a esa norma, pues sin un criterio sustantivo de contraste ello carecería de consecuencias jurídicas. La sentencia *Sporrong y Lonnröth* habla al respecto del principio de justo equilibrio entre las exigencias del interés general y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo (§ 69), que es el que aplica al caso para concluir que ha sido quebrado (§ 73). Quizá llame la atención que de un enunciado tan magro (recuérdese, *toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes*) el Tribunal haya extraído consecuencia sustantiva tan destacada, pero debe recordarse que años atrás, en el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, había afirmado ya que «la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers», por lo que no estamos sino ante la aplicación al artículo 1 del Protocolo de un criterio de orden general.

En *Sporrong y Lonnröth* el Tribunal afirma que el principio de justo equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo Adicional, idea cuyo desarrollo vendrá en la sentencia *James* (1986) del

¹¹ Cfr. A. VAN RIJN, «Right to the peaceful enjoyment of one's possessions», en P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN y L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2006 (4.ª ed.), pág. 873; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, págs. 512-513. Véanse, por ejemplo, las sentencias *Beyeler* (2000), § 106; *Sovtransvato Holding* (2002), § 93; *Broniowski* (2004), § 136; *Oneryildiz* (2004).

¹² Cfr. F. SUDRE, *Le droit*, cit., pág. 13; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, *op. cit.*, págs. 20-21; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, págs. 708-709; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, págs. 667-668.

¹³ Respectivamente, M. CARRS-FRISK, *Le droit de propriété*, Consejo de Europa, 2004, pág. 25; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, ya en el título de su trabajo citado.

siguiente modo: si el precepto se descompone en tres normas distintas, éstas no son independientes entre sí puesto que la segunda (privación) y la tercera (reglamentación) contemplan casos específicos de afectaciones al derecho de propiedad que deben interpretarse a la vista de la primera. Esta fórmula, reiterada hasta la saciedad en la jurisprudencia posterior, ha determinado que cualesquiera injerencias en el derecho garantizado por el artículo 1 del Protocolo Adicional se estudien a la luz del principio de justo equilibrio, que ha pasado así a presidir el análisis de cualesquiera injerencias en el derecho al respeto de los bienes, incluidas por supuesto las tipificadas en las normas segunda y tercera, aunque éstas incorporen criterios específicos de enjuiciamiento¹⁴.

Ello implica lo siguiente. Identificada una injerencia que consiste en una privación, el Tribunal estudia si se han observado los requisitos que figuran textualmente en la segunda frase del artículo 1 y a los que luego nos referiremos; supuesto que el escrutinio arroja un resultado positivo, el Tribunal pasa después a verificar si la injerencia es o no respetuosa con el principio de justo equilibrio, que ha deducido de la primera norma. Bien mirado, tal proceder no carece de consistencia lógica: una vez afirmado que las normas segunda y tercera contemplan casos específicos de injerencias en el derecho garantizado en la primera y que deben interpretarse a la vista de ésta, tiene fundamento que el principio de justo equilibrio atraviese las fronteras del enunciado en el que ha sido descubierto y se inserte en el de los demás. En términos de argumentación jurídica, la operación no merece tacha siempre y cuando no se haga cuestión de la premisa mayor (esto es, que la primera norma sanciona el principio de justo equilibrio y que éste preside la interpretación de las otras dos); pero, admitido ello, el *modus operandi* del Tribunal es difícilmente censurable.

Tal aproximación no es un mero artificio pirotécnico. Sin adelantar cuestiones que nos ocuparán más adelante, mencionemos ahora que el Tribunal ha relacionado el principio de justo equilibrio con el otorgamiento de una indemnización —requisito que no figura en la norma europea reguladora de las privaciones de propiedad— y que ha considerado que privaciones ajustadas a las exigencias que sí figuran en ella son contrarias al precepto en la medida en que el justo equilibrio entre el interés general y la protección de los derechos individuales ha sido quebrado por motivos exclusivamente relacionados con el aspecto in-

¹⁴ De este modo, la apelación generalizada al principio de justo equilibrio asegura una interpretación unitaria, al menos en lo fundamental, del artículo 1 del Protocolo. Cfr. C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 34; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 675; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006 (4.ª ed.), págs. 373 y 375.

demnizatorio. No podemos descender a detalles pero sí citar, por ejemplo, las sentencias *Katikaridis* (1996), *Papachelas* (1999), *Almeida Garret Mascarenhas Falção* (2000), *Savvidou* (2000), *Jokela* (2002), *Mora do Vale* (2004), *Athanasίου* (2006), *Scordino* (n.º 1) (2006), *Kindler de Barahona* (2009), *Melo e Faro Maldonado Passanha* (2009), *Companhia Agrícola das Polvorosas* (2010) y *Perdigao* (2010).

He aquí, entonces, que el hallazgo de un principio jurídico sustantivo en la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional y la colocación de ésta en la cumbre del pedestal hermenéutico de todo el precepto dan lugar a la introducción en el régimen europeo de la privación de los bienes de un elemento que, formalmente, está ausente del mismo. Forzoso es reconocer que la operación tiene un punto de prodigio creativo.

2. Bienes: una noción autónoma

En la primera frase del artículo 1 del Protocolo figura un término (*possessions, biens*; en nuestra lengua, *bienes*) al que el Tribunal ha conferido significado autónomo; esto es, un sentido específicamente europeo que puede coincidir o no con el que la palabra tiene en los respectivos ordenamientos nacionales. El Tribunal hace uso con largueza de las nociones autónomas con el propósito de dotar de significado unívoco a conceptos convencionales aquejados de cierta imprecisión o susceptibles de interpretaciones diferentes, lo que facilita la exégesis uniforme del sistema del Convenio¹⁵. Puesto que utiliza tal metodología en relación con el objeto del derecho garantizado por el precepto que nos ocupa, hemos de contemplar el concepto de *bienes* desde la perspectiva adoptada por el Tribunal, que en absoluto lo circunscribe a las cosas corporales susceptibles de propiedad en sentido tradicional¹⁶.

Naturalmente, son bienes los sujetos al régimen ordinario de la propiedad. En este punto no se plantean problemas serios, aunque tres importantes sentencias merecen ser recordadas en este momento.

¹⁵ Véase el esclarecedor estudio de F. SUDRE, «Le recours aux notions autonomes», en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, 1998, págs. 93 ss.

¹⁶ Aunque el Tribunal había mostrado con anterioridad su inclinación a interpretar el concepto de bienes con cierta amplitud, el criterio arranca formalmente de *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH* (1995), § 53; la idea fundamental figura, por ejemplo, en *Iatridis* (1999), § 54; *Beyeler* (2000), § 100; *Ex rey de Grecia* (2000), § 60. Lógicamente, el razonamiento jurisprudencial adquiere verdadera utilidad cuando la situación del demandante carece de reconocimiento en el ordenamiento nacional, pues si éste permite ya considerar que aquél es titular de un bien, no es necesario apelar a la autonomía europea del concepto; cfr. C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, págs. 43 y 49. En el estudio de F. SUDRE citado en la nota precedente, págs. 100 ss., se encuentra una exposición general de este concreto argumento.

En *Kopecky* (2004), la Gran Sala incluyó en el ámbito protegido por el artículo 1 del Protocolo Adicional el derecho a recuperar las propiedades confiscadas en su día siempre y cuando la legislación lo reconozca y los interesados cumplan los requisitos establecidos en ella: «semblable législation peut être considérée comme engendrant un nouveau droit de propriété protégé par l'article 1 du Protocole n.º 1» (§ 35)¹⁷.

En *Oneryildiz* (2004), la Gran Sala consideró protegidas por el artículo 1 del Protocolo Adicional unas viviendas abiertamente ilegales (unas chabolas construidas junto a un vertedero que explotó, matando a 39 personas), pero frente a las cuales las autoridades no habían reaccionado a pesar de tener conocimiento de la situación. En el caso pesaba sobremanera la inactividad de la Administración turca, que no hizo nada por evitar la tragedia y toleró la ilegalidad; pero lo importante ahora es que una construcción contraria al ordenamiento jurídico no queda por definición al margen de la protección que el artículo 1 confiere al derecho al respeto de los bienes¹⁸.

En *Ex rey de Grecia* (2000) sobrevolaba un tema interesante. Los bienes inmuebles de la familia real griega, confiscados en 1973, ¿están protegidos por la garantía europea del derecho de propiedad? El debate giraba en torno a si pertenecían a los demandantes o al Estado, que los

¹⁷ Nótese que el Tribunal no dice que del artículo 1 del Protocolo Adicional derive una obligación general de restituir los bienes transferidos forzosamente al Estado antes de que éste ratificara el Convenio, sino que el precepto protege a quienes se encuentran en las situaciones designadas por el ordenamiento nacional y dando por supuesto que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación en punto a la selección de quiénes y cómo pueden aspirar a recuperar los bienes. Cfr. J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 515; y, particularmente, C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, págs. 364 ss.; A. GRGIC, Z. MATAGA, M. LONGAR y A. VILFAN, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Consejo de Europa, 2007, págs. 34 ss. Este tema, acreedor de un estudio detenido, ha eclosionado con mucha fuerza a raíz de la ratificación del Convenio por los países de Europa oriental, en muchos de los cuales se tomaron decisiones nacionalizadoras en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en los que después se han dictado leyes de *restitution*, que tienen que resolver no sólo el problema de las condiciones en que los antiguos propietarios o sus causahabientes pueden recuperar los bienes, sino también el de la situación de quienes los adquirieron legalmente tras ser nacionalizados (supuesto nada infrecuente), que son titulares del derecho protegido por el artículo 1 del Protocolo Adicional. Naturalmente, el Tribunal carece de competencia para enjuiciar aquellas nacionalizaciones, pero sí debe lidiar con los asuntos que suscitan las leyes de *restitution* adoptadas después de que los Estados han ratificado el Convenio (o incluso antes si su aplicación es posterior). Véase, específicamente, Ch. PETITTI, «Sur la restitution des biens confisqués pendant la période communiste», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 58, 2004, págs. 387 ss.

¹⁸ De ahí que la doctrina indique que este derecho puede ser invocado incluso en ausencia de título jurídico; cfr. F. SUDRE, *Le droit au respect de ses biens*, cit., pág. 5; *Droit européen*, cit., pág. 574; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 515. La juez Mularoni formuló una opinión disidente de elevado interés, aunque su expresión no fue quizá la mejor de las posibles; cabe compartir su temor a que la doctrina de la sentencia pueda favorecer la inmunidad de «magnifiques villas et hôtels bâtis illégalement au bord de la mer ou dans autres lieux», pero en el caso se trataba de un accidente que había provocado decenas de muertos y destruido unas chabolas sitas en un vertedero de basuras.

habría puesto a disposición de la familia real para el ejercicio de sus funciones. El Tribunal se inclinó por la primera solución aduciendo que el Estado griego los había tratado en numerosas ocasiones como bienes privados, que no había suministrado argumentos suficientes para justificar lo contrario, y que aunque los bienes gozaron de un régimen especial en muchos aspectos, de ahí no se podía deducir que no hubieran pertenecido nunca a la familia real (§§ 60-65)¹⁹.

Las tres sentencias citadas muestran que incluso la noción de propiedad puede interpretarse en un sentido quizá no exactamente coincidente con el usual (derecho a recuperar los bienes confiscados, derecho sobre construcciones ilegales) o de forma polémica a la vista del régimen jurídico de los bienes; y otras muchas acreditan que el concepto convencional (*biens, possessions*) ha sido objeto de una interpretación extensiva. Los ejemplos son abundantes, pero no podemos demorarnos en ilustrar las múltiples y diversas aplicaciones prácticas del criterio general, algunas de las cuales han tenido a España como protagonista²⁰. Valga por ello con el recordatorio del mismo tal y como figura en la sentencia *Oneryildiz* (2004), de la Gran Sala, no sin remitir al lector a las aproximaciones doctrinales que censan y glosan la jurisprudencia²¹. Leemos en dicha sentencia que:

¹⁹ Los jueces Koumantos y Zupacnic disintieron del parecer mayoritario y sostuvieron que, en razón de su estatuto jurídico, los bienes de la antigua familia real griega no estaban protegidos por el artículo 1 del Protocolo Adicional. En la doctrina, aunque quizá con un punto menos de contundencia, J. P. MARGUÉRNAUD, *op. cit.*, p. 696.

²⁰ La sentencia *Muñoz Díaz* (2009) recuerda que es doctrina del Tribunal que el artículo 1 del Protocolo Adicional no garantiza por sí mismo derecho alguno a percibir una pensión por un importe determinado ni restringe la libertad de los Estados para decidir acerca de la instauración o no de un régimen de protección social o del nivel que pueden alcanzar las prestaciones en caso de establecerse aquél; y añade lo siguiente: «desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social —independientemente de que la concesión de dicha prestación dependa del pago de una cotización previa— se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 para las personas que cumplan sus condiciones» (§ 44). En *Aizpurúa Ortiz* (2010), el Tribunal enfocó desde la perspectiva del derecho al respeto de los bienes la modificación de las condiciones previstas en un convenio firmado en 1983 relacionadas con la percepción de una pensión complementaria anual en caso de jubilaciones anticipadas. En *Muñoz Díaz* la sentencia fue estimatoria y en *Aizpurúa* desestimatoria, pero tanto una como otra ejemplifican bien el *processus de dilatation* del significado que cabe atribuir al concepto europeo de *bienes*, al que se refiere gráficamente CONDORELLI en el trabajo que encabeza la relación que figura en la nota siguiente.

²¹ Vid. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 976-979; L. SERMET, *op. cit.*, págs. 11 ss.; M. CARSS-FRISK, *op. cit.*, págs. 10 ss.; F. SUDRE, «Le “droit” au respect de ses biens...», *cit.*, págs. 3 ss.; *Droit européen et international*, *cit.*, págs. 570 ss.; I. LASAGABASTER, «Protección de la propiedad», en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, págs. 609 ss.; J. L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2005 (2.^a ed.), págs. 218 ss.; J. DE MEYER, «Le droit à la propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme», en S. MARCUS-HELMONS (Dir.), *Le droit de propriété en Europe occidentale et orientale. Mutations et limites d'un droit fondamental*, Academica-Bruylant, 2005, págs. 56-58; A. GRGIC *et al.*,

«124. La Cour rappelle que la notion de “biens” prévue par la première partie de l’article 1 du Protocole n.º 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne: ce qui importe c’est de rechercher si les circonstances d’une affaire donnée, considérées dans leur ensemble, peuvent passer pour avoir rendu le requérant titulaire d’un intérêt substantiel protégé par cette disposition (...). Ainsi, à l’instar des biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi être considérés comme des “droits de propriété”, et donc comme des “biens” aux fins de cette disposition (...). La notion de “biens” ne se limite pas non plus aux “biens actuels” et peut également recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une “espérance légitime” et raisonnable d’obtenir la jouissance effective d’un droit de propriété».

Particularmente destacada es la alusión que figura en la sentencia a la esperanza legítima *et raisonnable d’obtenir la jouissance d’un droit de propriété*, que en apariencia contrasta con que desde *Marckx* (1979) el Tribunal sostenga que el artículo 1 del Protocolo Adicional protege únicamente los bienes actuales, no los que están por adquirir a través de un medio u otro. Si «l’article 1 du Protocole n.º 1 ne vaut que pour les biens actuels» [*Anheuser-Busch Inc.* (2007), § 64], ¿qué espacio puede tener en la economía del precepto la esperanza legítima de obtener el disfrute de un derecho de propiedad, de alcanzar en definitiva algo que todavía no se tiene? Estamos ante uno de los aspectos más interesantes de la jurisprudencia europea relativa al concepto de *bienes*, aunque no podemos sino apuntar telegráficamente sus trazos más gruesos.

De *Pine Valley Developments Ltd.* (1991), *Pressos Companhia Naviera S.A.* (1995), *Kopecky* (2004) y *Anheuser-Busch Inc.* (2007) se infiere que una esperanza (de obtener una indemnización, de recuperar la propiedad, de ejecutar unas obras de urbanización...) entra dentro del

op. cit., págs. 34 ss.; A. VAN RIJN, *op. cit.*, págs. 866 ss.; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, págs. 36-37; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, págs. 350 ss.; C. BIRSAN, «La protection du droit de propriété: développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme», en L. CAFFLISCH, J. CALLEWAERT, R. LIDDELL, P. MAHONEY y M. VILLIGER (Eds.), *Human Rights: Strasbourg views. Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Engel Verlag, 2007, págs. 6 ss.; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, págs. 692 ss.; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, págs. 656-657.

ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional si cuenta con suficiente base jurídica en el ordenamiento interno. Dicha base puede ser un acto jurídico que ampara el interés individual en un caso determinado²² o una jurisprudencia consolidada de la que se deduce un claro aval a las pretensiones del particular²³. Aunque son hipótesis diferentes, una esperanza legítima así cimentada se traduce en un interés patrimonial que constituye un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional.

Puesto que, y con esto concluyo el presente apartado, las privaciones previstas en la segunda norma del precepto pueden afectar a cualesquiera bienes en el sentido de la primera y no sólo al derecho de propiedad en su convencional entendimiento, es claro que la autonomía del concepto de *bien* trae consigo la expansión de las posibilidades de aplicación de aquélla. Así, en *Pressos Compañía Naviera* (1995), el Tribunal calificó de privación que la ley eliminara retroactivamente la posibilidad de obtener las indemnizaciones que la jurisprudencia reconocía a las compañías navieras en caso de accidentes en los que estuvieran involucrados los prácticos portuarios. El Tribunal no cuestionó que el legislador belga tuviera razones sólidas para adoptar esa ley marcando *pro futuro* un criterio distinto al que habían establecido los tribunales, pero no encontró ninguna que avalara la aplicación retroactiva de la norma, privando así a los demandantes de una indemnización a la que según la jurisprudencia nacional tenían derecho y que consideró una esperanza legítima en el sentido señalado²⁴. En *Sud Parisienne de Construction* (2010) el Tribunal se aproxima de igual forma a una ley que, retroactivamente, modificaba a la baja las reglas de cálculo de los intereses moratorios devengados pero aún no abonados.

²² Esto es, un acto que reconoce y fundamenta un interés patrimonial en cuya materialización efectiva puede confiarse razonablemente. Véanse aplicaciones de la idea en *Pine Valley Developments Ltd.* (1991), § 51; o en *Draculet* (2007), §§ 40-41.

²³ No basta con que la pretensión pueda ser defendida ante los órganos jurisdiccionales, sino que es necesario que su éxito sea claramente predecible a la vista de los precedentes. Véase, por ejemplo, la sentencia *Kopecky* (2004), §§ 50-52.

²⁴ En este asunto, no había sentencias que reconocieran *ad hoc* el derecho de los demandantes a percibir indemnización alguna en concepto de responsabilidad extracontractual de la Administración, pero del criterio jurisprudencial se deducía sin esfuerzo que la hubieran percibido de no mediar la ley que por sus efectos retroactivos canceló la posibilidad y les privó de un bien consistente en la esperanza legítima de materializar un interés patrimonial. F. SUDRE ha hablado a este respecto de un crédito simplemente virtual puesto que no había sido declarado por ninguna decisión judicial; *Le droit au respect de ses biens*, cit., pág. 4; *Droit européen*, cit., pág. 571. Cabe recordar que el Tribunal de Arbitraje (antecedente del Tribunal Constitucional belga) había considerado que la protección constitucional y europea del derecho de propiedad no alcanzaba a los que tuvo por créditos meramente eventuales [su sentencia en P. BON y D. MAUS (Dirs.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Ed. Dalloz, 2008, págs. 324 ss., obs. F. DELPÉREÉ]. Tampoco la Comisión aceptó que en ausencia de una decisión judicial que reconociera el derecho a la indemnización pudiera hablarse de un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo Adicional (cfr. C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 356). Como hemos visto, la opinión del TEDH fue diferente.

Si en *Pressos* consideró que la medida era contraria al Convenio, en *Sud Parisienne* llegó a una conclusión diferente; pero en ambos casos calificó de *privación* a una injerencia que había afectado a *bienes* a los efectos de la primera norma del artículo 1 del Protocolo, aunque no al derecho de propiedad en sentido convencional.

III. PRIVACIÓN

La segunda frase del párrafo primero del artículo 1 del Protocolo Adicional establece que «[n]adie podrá ser privado de su propiedad sino...», «[n]ul ne peut être privé de sa propriété que...», «[n]o one shall be deprived of his possessions except...». La terminología es clara, tanto en una lengua como en otra. Ciertamente, la versión francesa habla de *propriété* y la inglesa de *possessions*, pero como el objeto de la injerencia debe relacionarse con el concepto de *bienes*, al que nos acabamos de referir, no queda mucho espacio para las disquisiciones semánticas. Pero ¿qué es una privación a los efectos de la norma? De la jurisprudencia del Tribunal inferimos lo siguiente²⁵.

La *privación* consiste en la pérdida efectiva del poder de disposición sobre el bien²⁶. Si la injerencia provoca únicamente la merma de algunas de las facultades características del dominio o un menoscabo patrimonial importante, pero el interesado ha podido vender el bien, o utilizarlo de algún modo, o arrendarlo, o donarlo, o hipotecarlo, etc., el Tribunal no aprecia la existencia de una privación por mucho que aquella haya causado un perjuicio al propietario (dificultades para vender los bienes, pérdidas patrimoniales, imposibilidad de utilizar temporalmente la finca o de acceder a ella, limitaciones o restricciones de uso, imposibilidad legal de oponerse judicialmente a una posesión de hecho...). En palabras de la sentencia *Brumarescu* (1999), el interesado ha de haber perdido la facultad de vender o legar el bien, de do-

²⁵ Se manejan a este respecto las sentencias *Sporrong y Lönnröth* (1982), *Tre Traktörer Aktiebolag* (1989), *Mellacher* (1989), *Pine Valley Developments Ltd.* (1991), *Loizidou* (1996), *Chasagnou* (1999), *Tsiridakis* (2002), *Dogan* (2004), *Scordino* (n.º 2) (2004), *Saliba* (2005), *Hutten-Czapska* (2006), *J. A. Pye (Oxford) Ltd.* (2007), *Kötheke* (2008) y *Depalle* (2010). En ninguna de ellas el Tribunal consideró que se hubiera producido una privación en el sentido de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional.

²⁶ Aclaremos que existen injerencias que implican materialmente una privación pero que, por su misma naturaleza, no se analizan a la luz de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, sino a la de la norma general que enuncia el derecho al respeto de los bienes; es el caso, por ejemplo, de la destrucción intencional de viviendas y enseres con fines de venganza, atemorizantes o de represalia, que ha ocupado la atención del Tribunal al hilo del conflicto kurdo (referencias en J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Ed. Thomson-Civitas, 2007, págs. 327 ss.).

narlo o de disponer de él de cualquier otra manera (§ 77). A este propósito, la sentencia *Tsirikakis* (2002) emplea una fórmula expresiva: si los efectos de la injerencia, por notables que sean, no han creado una situación irreversible para los demandantes, no cabe hablar de privación (§ 55)²⁷.

El criterio de fondo parece claro, aunque cabe señalar que su aplicación concreta ha dado lugar a divergencias en el seno del propio órgano jurisdiccional²⁸ e incluso que el Tribunal ha identificado una privación a pesar de no haberse producido despojo material alguno²⁹. Pero, al margen de ello, la idea general se presta a pocas discusiones y los análisis doctrinales confirman la conclusión alcanzada merced a la consulta de la jurisprudencia en punto a la delimitación del ámbito objetivo de la segunda norma³⁰.

Aunque es cierto que el Tribunal tiende a homogeneizar la interpretación del artículo 1 del Protocolo Adicional al conferir destacadísima relevancia al principio de justo equilibrio, la identificación de si en un caso dado la injerencia se resuelve o no en una privación es importante toda vez que la garantía europea del derecho de propiedad sólo incorpora la exigencia indemnizatoria en caso de privaciones. Puede suceder que, en aplicación del artículo 41 del Convenio, el Tribunal reconozca el derecho del demandante a percibir una satisfacción equi-

²⁷ En el caso de una esperanza legítima, la irreversibilidad se cifra en la frustración definitiva de su materialización.

²⁸ Paradigmático es el asunto *J. A. Pye (Oxford) Ltd.* (2005 y 2007). Versa sobre la aplicación de una legislación británica que impedía al propietario inscrito en el registro reivindicar jurisdiccionalmente la posesión de sus tierras si un tercero las había poseído durante doce años sin oposición por su parte. En la primera sentencia, la Sección Cuarta calificó la injerencia como una privación (§§ 58-62); llamada a intervenir por Reino Unido, la Gran Sala consideró que se trataba de una medida dirigida a la reglamentación del uso de los bienes (§§ 29-31).

²⁹ La sentencia *Los santos monasterios* (1994) considera producida una privación aun cuando las disposiciones legales que preveían la transferencia de los bienes al Estado no habían sido aplicadas. Para justificar su tesis, el Tribunal explica que nada garantizaba que no fueran a aplicarse y, sobre todo, valora que la ley limitara los medios jurídicos a través de los cuales los titulares de los bienes podían fundamentar su derecho de propiedad y mantenerse en él, con particular exclusión de la prescripción adquisitiva. Esta circunstancia adquiere gran peso específico en el razonamiento judicial, pues suponía la imposibilidad de invocar el que frecuentemente sería el único título que los demandantes podían esgrimir a favor de su derecho; cfr. D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 678.

³⁰ Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 983; L. SERMET, *op. cit.*, pág. 23; I. LASAGABASTER, *op. cit.*, págs. 616-617; J. L. CHARRIER, *op. cit.*, pág. 22; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 523; Ch. ROZAKIS y P. VOYATZIS, *op. cit.*, pág. 8; H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pág. 34; A. GRGIC *et al.*, *op. cit.*, pág. 11; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 358; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 677. Con todo, algunos jueces del Tribunal y ciertos autores manifiestan dudas acerca del estudio de algunas injerencias que son materialmente privaciones a la luz de la tercera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional; es el caso, destacadamente, del decomiso, secuestro o confiscación de bienes con carácter definitivo, generalmente en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, el contrabando y el blanqueo de capitales; cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 995; J. DE MEYER, *op. cit.*, pág. 62; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pág. 723; I. LASAGABASTER, *op. cit.*, págs. 626-627.

tativa cuando la injerencia en el derecho de propiedad se ha calificado jurídicamente de otra forma (en particular, reglamentación del uso de los bienes), pero entonces se tratará de una compensación que trae causa en la comisión de un ilícito (por ejemplo, una medida desproporcionada o carente de justificación causal) cuyas consecuencias no pueden repararse completamente de otra manera (véase, entre otras, *Chassagnou*, 1999). Pero si la injerencia consiste en una privación sin indemnización, el hecho ilícito mismo será la falta de compensación en tanto en cuanto ésta es debida en los términos que veremos en el apartado siguiente³¹.

Como muestra, recuérdese que en *J. A. Pye* (2005) la Sección cuarta del Tribunal consideró que la injerencia litigiosa era una privación y tuvo muy en cuenta que no había mediado indemnización alguna; en el año 2007, la Gran Sala analizó la injerencia desde la perspectiva de la reglamentación del uso de los bienes, apostillando que por tal motivo «la jurisprudence sur la compensation pour privation n'est pas directement applicable. De plus, dans les affaires où la situation a été considérée comme une réglementation de l'usage des biens (...), nulle mention n'a été faite d'un droit à compensation» (§ 79). Dicho de otro modo: la reglamentación del uso de los bienes puede quizá conllevar, según casos y circunstancias, el abono de alguna clase de compensación a raíz de una violación del Convenio, mientras que la privación la exige siempre, salvo en supuestos auténticamente excepcionales (vid. *infra*); de ahí que la indemnización esté incrustada en el régimen europeo de las privaciones y sea un elemento eventual en el de la reglamentación del uso de los bienes cuya ausencia no implica por sí misma una vulneración de la norma europea³².

Debemos precisar que la privación no se identifica necesariamente con una expropiación formal, pues ya en *Sporrong y Lönnroth* (1982) el Tribunal dijo que hay que analizar la situación litigiosa a los efectos de verificar si se ha producido una expropiación de hecho (§ 63). Se trata, en definitiva, de valorar la incidencia real de la injerencia sobre el patrimonio jurídico del individuo por encima de lo que revelen las manifestaciones externas de la misma; a estos efectos, el Tribunal suele afirmar que para establecer si ha habido o no una privación en el sentido de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional no basta con examinar si ha habido una desposesión formal, sino que es necesario

³¹ Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 993-994.

³² En palabras de *Depalle* (2010), «la Cour rappelle que lorsqu'une mesure de réglementation de l'usage des biens est en cause, l'absence d'indemnisation est l'un des facteurs à prendre en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté mais elle ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole n.º 1» (§ 91).

ir más allá de las apariencias y analizar la realidad de la situación litigiosa³³. Veamos algún ejemplo de interés.

Una Ley griega de 1967 atribuyó ciertos terrenos a la marina nacional. Tras las protestas de algunos afectados, sus derechos de propiedad fueron reconocidos y acordada la devolución de las fincas, pero la marina nacional hizo caso omiso e incluso ejecutó determinadas obras de defensa. En 1974, los tribunales ordenaron la restitución de los bienes argumentando que el Estado no había podido cederlos a la marina puesto que no era su propietario. En 1980, el Ministerio del ramo consideró que la restitución era inviable a consecuencia de las obras ejecutadas, pero abrió la vía de la permuta de los terrenos por otros del mismo valor, vía que acabó plasmándose en una Ley de 1983. En 1992, el asunto estaba todavía sin resolver; desde 1967, los interesados no habían podido disponer de su propiedad, e incluso en algún caso les fue negado el acceso a ella cuando lo intentaron, exhibiendo en apoyo de su pretensión la decisión judicial que exigía que les fuera restituida.

La sentencia *Papamichalopoulos* (1993) señala que desde 1967 «les requérants ne purent ni user de leurs biens, ni les vendre, les léguer, les donner ou les hypothéquer» (§ 43); y que «la perte de toute disponibilité des terrains en cause, combinée avec l'échec des tentatives menées jusqu'ici pour remédier à la situation incriminée, a engendré des conséquences assez graves pour que les intéressées aient subi une expropriation de fait incompatible avec leur droit au respect de leurs biens» (§ 45). Aunque el Tribunal no dice que enfoca el litigio a partir de la segunda frase del artículo 1 del Protocolo Adicional, el léxico que utiliza indica que en efecto lo hace³⁴. La misma aproximación teórica se encuentra en, por ejemplo, *N. A.* (2005), *Jahn* (2004 y 2005) y *Vergu* (2011), siquiera en estos casos el Tribunal aclare que la injerencia consistió, efectivamente, en una privación en el sentido de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional.

³³ Por ejemplo, *Brumarescu* (1999), § 76; *Jahn* (2004), § 65; *Scordino* (n.º 2) (2004), § 70; *N. A.* (2005), § 37; *Depalle* (2010), § 78. El argumento enlaza directamente con una de las premisas mayores de la sentencia *Loizidou* (1996): la vulneración de los derechos garantizados por el sistema del Convenio puede provenir de obstáculos *de hecho* (§ 63); es decir, no es necesario identificar decisiones formalmente adoptadas o comportamientos directamente dirigidos a lesionar los derechos y libertades garantizados para concluir que el Convenio ha sido vulnerado. La sentencia *Vasilescu* (1998) señala igualmente que «un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique» (§ 45). A juicio de M. CARSS-FRISK (*op. cit.*, pág. 21), «[c]ette approche de la question de ce qu'est l'expropriation coïncide avec celle adoptée par le droit international général».

³⁴ Cfr. M. CARSS-FRISK, *op. cit.*, págs. 21-23; J. DE MEYER, *op. cit.*, págs. 71-72; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 360. No obstante, algunos autores expresan ciertas dudas al respecto dado que el Tribunal no precisa qué norma considera aplicable al caso; por ejemplo, A. VAN RIJN, *op. cit.*, pág. 874; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, págs. 667-668.

Comentemos también que el análisis jurídico de una expropiación de hecho obedece a los mismos cánones que el de una expropiación formal. Muestra de ello es la sentencia *Sarica y Dilaver* (2010), que arranca de la integración *de facto* de terrenos privados en una zona militar. Tras los litigios de rigor (que concluyeron con la atribución de las fincas al Estado), los demandantes vieron reconocido su derecho a ser indemnizados, pero se suscitó el problema de la tasa de interés aplicable a la cuantía principal. Aunque por disposición constitucional las indemnizaciones expropiatorias devengan el interés máximo aplicable a las deudas públicas, los tribunales entendieron que ello regía en caso de expropiaciones formales pero no en caso de expropiaciones de hecho; no se negaba que en éstas el interesado tuviera derecho a percibir intereses de demora, pero sí que se calcularan aplicando una tasa que superaba con creces la ordinaria. El TEDH, partiendo de que la injerencia era una expropiación de hecho acometida por la Administración y certificada por los jueces, censura que en estos casos se aplique un tipo de interés inferior al previsto constitucionalmente para las expropiaciones regulares, situación que «est de nature à avantager les pouvoirs publics et à les inciter à privilégier les expropriations sans base légale au detriment des expropriations classiques, pour des raisons économiques» (§ 49). Ello significa que las garantías del individuo no difieren según que se expropie formalmente o de hecho. Las expropiaciones de hecho pueden presentar específicos problemas de adecuación al principio de legalidad, pero no dejan de ser privaciones; de ahí que, desde el punto de vista de las garantías de la posición jurídica del individuo, sean tratadas como tales.

Señálese, por último, que para que pueda ser analizada a la luz del artículo 1 del Protocolo Adicional la privación ha de ser imputable a los poderes públicos. Son los Estados quienes se comprometen a reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades que el sistema del Convenio garantiza (artículo 1), por lo que las injerencias deben poder referirse al comportamiento de cualesquiera de sus órganos o autoridades, pertenezcan al legislativo, al judicial o al ejecutivo³⁵. En nuestro caso, la jurisprudencia acredita que, además de al legislativo y a la Administración, cabe también atribuir la injerencia a órganos judiciales, lo que desde la perspectiva del Convenio no suscita problemas dignos de mención³⁶. No es, en cambio, via-

³⁵ J. P. COSTA, «Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme?», en *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, vol. I, pág. 486.

³⁶ Cfr. *Brumarescu* (1999), *Belvedere Alberghiera S.r.l.* (2000), *Chivorchian* (2004). Debemos aclarar que no se trata de las que nuestra doctrina llama *expropiaciones judiciales*, aunque

ble imputar la injerencia a sujetos privados³⁷. Aunque en los casos *Matheus* (2005) y *R. P.* (2010) el Tribunal habla de una suerte de expropiación privada de la que se beneficia un ocupante ilegal, los litigios versaban sobre la inejecución administrativa de las resoluciones judiciales que habían ordenado el desalojo de quienes habían tomado posesión ilícitamente de fincas de terceros; de este modo, la autoría de la vulneración del artículo 1 del Protocolo Adicional se atribuía a la Administración, que había hecho caso omiso de las decisiones que habían dictado los tribunales amparando las pretensiones recuperatorias de quienes fueron luego demandantes ante la jurisdicción de Estrasburgo³⁸.

IV. INDEMNIZACIÓN

En la tradición constitucional europea, la expropiación se contempla acompañada de la obligación de indemnizar; sin embargo, la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional no contiene referencia alguna a este punto, que fue uno de los conflictivos durante el proceso conducente a la entronización jurídica de la garantía europea

subrayando que nada tienen que ver con las expropiaciones forzosas propiamente dichas; cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, vol. II, 2004 (9.ª ed.), págs. 222-223; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, Ed. Iustel, vol. II, 2009 (2.ª ed.), pág. 445. Hablamos ahora de privaciones que son consecuencia de decisiones judiciales adoptadas al margen de procedimientos de ejecución; por cierto que las *privaciones* que sí tienen que ver con tales procedimientos fueron pronto excluidas por la Comisión del ámbito de aplicación de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional. Véase J. RAYMOND, «L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers», en *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pág. 534.

³⁷ Cuestión distinta, naturalmente, es que la privación efectuada por un órgano jurídico-público beneficie a particulares, extremo que desde la sentencia *James* (1986) el Tribunal analiza a la luz de la justificación de la injerencia en una causa de utilidad pública.

³⁸ El tema pertenece al dominio de la doctrina de las *obligaciones positivas* del Estado, en la que no podemos detenernos ahora. Se consultarán con provecho D. SPIELMANN, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», en F. SUDRE (Dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, 1998, págs. 133 ss.; F. SUDRE, «Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme», en P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD y L. WILDHABER (Eds.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, págs. 1359 ss.; *Droit européen*, cit., págs. 253 ss.; H. PAULIAT, V. SAINT-JAMES, C. DEFFIGIER y A. SAUVIAT, «L'effet horizontal de la CEDH», en J. P. MARGÉNAUD (Ed.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, págs. 75 ss.; J. F. AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Consejo de Europa, 2006. En las págs. 56 ss. de esta última obra figuran alusiones específicas al artículo 1 del Protocolo Adicional; también en C. BIRSAN, *op. cit.*, págs. 14 ss.; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, págs. 39, 51-52. Las sentencias *Matheus* y *R. P.* permiten contestar afirmativamente a la pregunta formulada años atrás por L. CONDORELLI (*op. cit.*, pág. 984) acerca de si el artículo 1 podía ser invocado en caso de tolerancia estatal ante comportamientos privados lesivos del derecho garantizado.

del derecho de propiedad. Es cierto que de la remisión a los *principios generales del Derecho internacional* puede deducirse que la indemnización es debida en ciertos casos (vid. *infra*) y que de la apelación a las condiciones previstas en la legislación nacional cabe inferir que si ésta exige el pago de una compensación, el mismo es obligado también desde la perspectiva europea³⁹; pero, quiérase o no, el artículo 1 del Protocolo Adicional no dice que hay que indemnizar al privado de sus derechos patrimoniales.

En su opinión disidente a la sentencia *James* (1986), el juez Vilhjalmsón se apoyó justamente ahí para defender que «tal como está redactado, el sentido del texto es que no prevé la indemnización». La mayoría del Tribunal, en cambio, se inclinó por el criterio siguiente: sin compensación en caso de privación, el derecho al disfrute a los bienes sería por completo ilusorio e ineficaz; la indemnización es un elemento importante en el análisis de si hay un justo equilibrio entre los intereses en juego (los de la comunidad y los del titular del derecho al disfrute de los bienes) y en el de si no se impone al interesado una carga desmesurada; la indemnización debe consistir en una suma razonable de dinero en relación con el valor del bien, aunque el Convenio no garantiza en todo caso el derecho a un resarcimiento total pues pueden existir motivos razonables de interés público que justifiquen el pago de una cantidad inferior al valor de mercado del bien (§ 54). La inmediatamente posterior sentencia *Lithgow* (1986) ultimó el argumento principal, de nuevo con la disidencia del juez Vilhjalmsón⁴⁰.

La idea general es clara: el principio de justo equilibrio entre el interés general y el derecho individual —que ya hemos dicho que el Tribunal tiene por inscrito en la primera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, desde la que irradia su energía a las otras dos— reclama una compensación en caso de privación; esto es, apela a un derecho del afectado que formalmente no figura en el precepto. Esta operación hermenéutica suscita un interrogante: si, aun a la vista de la tradición constitucional europea, el artículo 1 del Protocolo Adicional no garantiza la indemnización, ¿puede el órgano jurisdiccional encargado de asegurar el respeto de los compromisos asumidos por los Estados que han ratificado el Convenio y sus protocolos alumbrar una exigencia que no figura en el precepto? La pregunta lleva de la mano a un territorio difícil: ¿dónde está el límite entre una interpretación jurisprudencial evolutiva y dinámica del Convenio y la creación de verdaderas normas jurídicas? Es innegable que el entendimiento que el Tribunal tie-

³⁹ Ambas ideas se manejaron durante el procedimiento de elaboración del precepto; cfr. Y. HAECK, *op. cit.*, pág. 189; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 21.

⁴⁰ Sobre este aspecto de la sentencia *Lithgow*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 30 ss.

ne del Convenio como un instrumento vivo de garantía de los derechos individuales que debe actualizarse constantemente en función de la evolución social y de las nuevas situaciones es digno de aplauso, pero ¿cuál es el confín de la interpretación jurisprudencial?, ¿qué línea no puede traspasar el Tribunal sin convertirse *de facto* en legislador internacional?

El problema es ciertamente arduo y, desde luego, de orden general; no obstante, en nuestro caso se presenta quizá con un punto menos de dramatismo que en otros. Ello se debe a que, cualquiera que fuera el texto normativo negociado y aprobado, la indemnización en caso de privación de la propiedad era en 1952 (y no digamos ya en 1986, año de las sentencias *Lithgow* y *James*) un elemento perfectamente identificado en el mapa del régimen europeo del derecho de propiedad. Habida cuenta del contexto, lo verdaderamente extraño hubiera sido que, en aras de un estricto formalismo, el Tribunal prescindiera de una exigencia muy arraigada en las concepciones jurídicas europeas dominantes en materia de privación de la propiedad, que entonces eran las de los países occidentales. Podría haberse conformado con una remisión a lo dispuesto en las Constituciones y en las legislaciones nacionales en la práctica seguridad de que las mismas impondrían el abono de una indemnización, pero no hubiera dejado de ser llamativo que del mismo sistema del Convenio no pudiera deducirse una exigencia compensatoria⁴¹. ¿Podía el texto europeo quedarse en este punto al margen y por detrás de una tradición constitucional consolidada?

El Tribunal resolvió el expediente, como hemos señalado, apelando al *justo equilibrio entre las exigencias del interés general y las de la protección de los derechos individuales*, nicho en el que se cobija, y a título principal, el otorgamiento de una indemnización. Un somero repaso por la jurisprudencia europea permite apreciar qué consecuencias prácticas se siguen de la idea; así, el mantenimiento de dicho equilibrio repudia, por ejemplo:

- que transcurra un período de tiempo excesivamente largo hasta la determinación definitiva del justiprecio y su abono: *Almeida Garret, Mascarenhas Falção* (2000), *Jorge Nina Jorge* (2004) y *Geraldes Barba* (2004);

⁴¹ En *James* (1986) el Tribunal se hizo precisamente eco de la realidad jurídica existente al respecto en los Estados miembros del Consejo de Europa, pero no dejó de afirmar que la exigencia de indemnizar debía considerarse presente en el artículo 1 del Protocolo Adicional: «El Tribunal comprueba, con la Comisión, que en los ordenamientos jurídicos de los Estados Contratantes, la privación de la propiedad por causa de utilidad pública requiere el pago de la correspondiente indemnización, salvo la concurrencia de circunstancias excepcionales que no se dan en el litigio de que se trata. Por otra parte, si no existiera un principio análogo, la protección del derecho de propiedad por el art. 1 sería por completo ilusoria e ineficaz» (§ 54).

- que un terreno expropiado y ocupado en 1923 se justiprecie en 1993 conforme al precio que se estima podía tener siete décadas atrás: *Malama* (2001);
- que expropiada parcialmente una finca destinada a la explotación agropecuaria, la indemnización no incluya la pérdida específica que supone para el propietario la imposibilidad de continuar con su actividad profesional: *Lallement* (2002);
- que el valor histórico y cultural de un bien, expropiado justamente por ello, no compute a los efectos del señalamiento de la indemnización: *Kozacioglu* (2009);
- que la indemnización expropriatoria sea inferior a las costas procesales que los interesados deben abonar a causa de haber perdido el litigio entablado para el establecimiento de aquélla: *Perdigao* (2010);
- que los intereses moratorios no compensen al expropiado en caso de tardanza en el pago: *Gülfiye Öztürk* (2001), *Jorge Nina Jorge* (2004);
- que la demora injustificada en la ejecución o cumplimiento de la causa de expropiar juegue en contra de los intereses patrimoniales del propietario, quien no se beneficia del incremento de valor que el bien ha experimentado desde que fue expropiado: *Motais de Narbonne* (2002);
- que la obligación de restituir las propiedades incautadas en su día por las autoridades comporte para quienes las adquirieron de buena fe únicamente el derecho a recuperar el precio que desembolsaron treinta años atrás, muy inferior al actual: *Pincová y Pinc* (2002);
- que en caso de expropiación de hecho el tipo de interés aplicable al justiprecio sea inferior al que procede cuando las expropiaciones son regulares: *Sarica y Dilaver* (2010);
- que la ley que grava fiscalmente los justiprecios se aplique a uno fijado judicialmente de forma definitiva meses antes de su entrada en vigor y que no se había abonado a causa de la tardanza administrativa en dar cumplimiento a la decisión judicial: *Di Belmonte* (2010);
- que no se ejecute la decisión administrativa firme y definitiva por la que se fija el justiprecio, sin que el interesado tenga noticia alguna de cuándo podrá disponer de él: *Naghi* (2009);
- que se prive al interesado de parte de la indemnización al darse por supuesto que la ejecución de la obra pública que motivó la expropiación le beneficia: *Katkaridis* (1996);

- que por justificada que esté la integración de una finca en el dominio público marítimo-terrestre, sus antiguos propietarios no sean indemnizados «pour le transfert de leur bien au Trésor public»: N. A. (2005), *Dogrusoz y Aslan* (2006), *Hüseyin Ak* (2010).

En consecuencia, la indemnización se yergue en elemento central del régimen europeo de la privación del derecho de propiedad o de cualesquiera bienes en el sentido del precepto; ahora bien, ¿debe equivaler al valor íntegro del bien expropiado?, ¿caben justiprecios que no lleguen a él?

Por lo pronto, debemos señalar que el Tribunal admite que las privaciones sin indemnización no son *per se* incompatibles con el artículo 1 del Protocolo Adicional; el argumento luce, por ejemplo, en *Los santos monasterios* (1994, § 71), *Pressos Compañía Naviera* (1995, § 38) y *Ex rey de Grecia* (2000, § 90). No conviene, empero, sobredimensionarlo, pues una cosa es que el Tribunal lo emita en abstracto o con carácter general y otra muy distinta la del punto hasta el que está dispuesto a plasmarlo en un determinado litigio. La idea madre es que circunstancias excepcionales, que debe acreditar objetivamente el Estado demandado, pueden justificar privaciones sin indemnización, pero la expresión *circunstancias excepcionales* no significa situaciones meramente difíciles, delicadas o complejas. Veamos una aplicación práctica.

En el caso *Jahn* (2004), la Sección Tercera consideró que se había infringido el artículo 1 del Protocolo Adicional por haberse practicado una privación sin indemnización; en 2005, la Gran Sala, sin cuestionar que hubiera existido una privación ni que la misma observara los requisitos del precepto (respeto a la ley, causa de utilidad pública), sostuvo que, en razón de las excepcionales circunstancias que rodeaban al caso, «l'absence de toute indemnisation ne rompt pas le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général» (§ 117). ¿Qué circunstancias merecieron tan cualificada adjetivación? La maraña jurídica del asunto es tal que no podemos resumir aquí sus pormenores; mencionemos solamente que su detonante fue una Ley aprobada en 1992 por el Parlamento de la República Federal de Alemania (unificada) que pretendía corregir los efectos considerados injustos de una Ley adoptada por la República Democrática Alemana en 1990 (ya entonces había caído el muro de Berlín) merced a la cual se habían convertido en propietarios de fincas resultantes de la reforma agraria emprendida en 1945 personas que ni siquiera tenían el derecho a poseerlas de conformidad con la legislación anterior de la República Democrática. Digamos que por obra de la Ley de 1992 dejaron

de ser propietarios personas que habían adquirido tal condición gracias a la de 1990 pero que, en realidad, no debieran haberla alcanzado nunca a la vista de la normativa precedente. En este singular asunto, el Tribunal tuvo muy en cuenta «le contexte unique de la réunification allemande», que es el marco al que pertenece la Ley de 1992, pero también que la Ley de 1990 convalidó situaciones irregulares nacidas al amparo de la inobservancia de la legislación nacional y que no era irrazonable tratar de corregir tal efecto; que se hiciera sin indemnizar, y además con prontitud, no constituyó, para la Gran Sala, violación alguna del artículo 1 del Protocolo Adicional⁴².

La conclusión a la que llega esta sentencia de la Gran Sala no es nada frecuente en la jurisprudencia europea. Aunque el Tribunal insiste en que en determinadas circunstancias una privación sin indemnización no es por sí misma contraria al artículo 1 del Protocolo Adicional, no es proclive a materializar el criterio que, por lo común, no pasa de encerrar una idea de principio; idea que está ahí, que no cabe arrojar a las tinieblas del olvido, pero que hasta ahora sólo raramente ha sido aplicada. Como contrapunto, recordemos que la sentencia *Ex rey de Grecia* (2000) censura que el Estado griego se incautara de los bienes de la antigua familia real sin indemnización, a pesar de reconocer que la operación estaba relacionada con una transición constitucional y que el Gobierno pudo considerar de buena fe que había circunstancias excepcionales que justificaban la ausencia de indemnización. En el caso, el Tribunal afirma que el Gobierno no justificó convincentemente por qué la privación debía llevarse a cabo sin indemnización (§ 98), lo que revela que sobre las espaldas del Estado pesa la carga de motivar adecuadamente la decisión de no indemnizar. De hecho, en *N. A.* (2005) al Tribunal le basta constatar «que le Gouvernement n'a invoqué aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait l'absence totale d'indemnisation» para concluir «que l'absence de toute indemnisation des requérants rompt, en défaveur de ceux-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général» (§§ 41-42).

Admitida sólo de forma muy excepcional la privación sin indemnización, superior realce tiene otro argumento jurisprudencial, ampliamente consolidado. Ya en *James* (1986) y *Lithgow* (1986) el Tribunal aclaró que el artículo 1 del Protocolo Adicional no garantiza el derecho

⁴² De la primera sentencia *Jahn* ha dado cuenta entre nosotros L. M.^a Díez-PICAZO, «¿Hay que indemnizar las privaciones generales de propiedad? (En torno a la sentencia *Jahn* y otros c. Alemania de 22 de enero de 2004)», en F. J. BASTIDA (Coord.), *Propiedad y Derecho constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, págs. 119 ss. Referencias a la sentencia de la Gran Sala en C. BIRSAN, *op. cit.*, págs. 22-23.

a una reparación integral si finalidades legítimas de utilidad pública justifican el abono de compensaciones inferiores al valor de mercado de los bienes. El criterio subsiste; en palabras, por ejemplo, de la sentencia *Jokela* (2002), aunque sin el abono de una suma razonable en relación con el valor del bien una privación de propiedad constituye un atentado excesivo y no justificable desde la perspectiva del artículo 1 del Protocolo Adicional, el precepto no garantiza «dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, car des objectifs légitimes “d'utilité publique” peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande» (§ 53).

¿Y qué objetivos legítimos de utilidad pública *peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande*? A la vista del acervo jurisprudencial, y sin ánimo alguno de exhaustividad, pueden identificarse los supuestos siguientes:

- a) Cualificadas finalidades de reforma económica y social: *James* (1986, § 54).
- b) Nacionalizaciones: *Lithgow* (1986, § 121).
- c) Situaciones muy particulares, como la derivada del compromiso adquirido por Polonia tras la Segunda Guerra Mundial de compensar a los ciudadanos polacos que fueron expulsados de sus propiedades a causa de la invasión soviética del país en 1939 y a quienes tuvo que acoger después: *Broniowski* (2004).

Son, como se ve, hipótesis nada normales o habituales, sea por la finalidad perseguida, sea por la dimensión de la operación misma, sea, en fin, por ciertas circunstancias históricas que siguen dejándose sentir décadas después. No son tan excepcionales como para justificar la ausencia de indemnización, pero sí lo suficientemente caracterizadas como para que la misma no alcance *la pleine valeur marchande*. Ahora bien, ello no significa que cualquier montante indemnizatorio satisfaga las exigencias del artículo 1 del Protocolo Adicional pues, aun contando con lo dicho, el principio de justo equilibrio despliega sus efectos. El Tribunal reconoce a los Estados un importante margen de apreciación a la hora de seleccionar los objetivos legítimos que pueden justificar que las indemnizaciones no alcancen *la pleine valeur marchande* del bien, pero eso no habilita para el señalamiento de compensaciones cuya cuantía está excesivamente alejada de aquél.

No tiene sentido tratar de buscar un criterio fijo, plasmado si se quiere en un determinado porcentaje que es necesario alcanzar. Cada caso tiene sus peculiaridades y circunstancias endémicas, por lo que la solución dependerá de las mismas. Como muestra, comentemos que en

la sentencia *Broniowski* el Tribunal censura que el interesado recibiera una indemnización cifrada en el 2% de la que le correspondía según la legislación, mientras que otras personas en su misma situación habían percibido un 15% del valor del bien. El Tribunal dice que la cuantía es insignificante, pero no deja de observar que otros interesados habían percibido cantidades superiores y que no existen razones que justifiquen la diferencia de trato, motivo por el que resuelve que el demandante ha soportado una carga excesiva, desproporcionada y no justificada en razones de interés general (§§ 186-187). Pero esta conclusión, ¿obedece a que el demandante percibió sólo el 2%, a que la cantidad era demasiado baja en términos comparativos o a ambas cosas? Sea como fuere, en esta misma sentencia la Gran Sala apostilla que no le corresponde «dire dans l'abstrait ce que serait un niveau "raisonnable" d'indemnisation en l'espèce»; en *l'espèce*, recalco. Así las cosas, no parece factible determinar con carácter general cuál debe ser el nivel razonable de indemnización cuando las circunstancias del caso avalan compensaciones inferiores a *la pleine valeur marchande* del bien.

¿Y qué sucede en los demás supuestos? En la sentencia *Scordino* (n.º 1) (2006) la Gran Sala precisa si la expropiación «ne se situe pas dans un contexte de réforme économique, sociale ou politique et ne se rattache à aucune autre circonstance particulière», no se perciben objetivos legítimos de utilidad pública «pouvant justifier un remboursement inférieur à la valeur marchande» (§ 102). El argumento reaparece en *Gigli Costruzioni S.R.L.* (2008, §§ 43-44) y en *Bortesi* (2008, § 31). ¿Significa ello que en las expropiaciones ordinarias o comunes el TEDH reclama una indemnización integral o equivalente al valor de mercado de los bienes?

A pesar del léxico jurisprudencial, la respuesta afirmativa no está tan clara como a primera vista pudiera parecer. En los tres casos que se acaban de citar, la indemnización definitivamente fijada rondaba la mitad del valor de mercado de los bienes y, además, estaba sujeta a un tipo impositivo del 20% que, obviamente, minoraba la cantidad realmente percibida por los interesados. Para el Tribunal, ello provocó que la indemnización fuera «largement inférieure à la valeur marchande du bien en question», y no parece que se pueda sostener razonablemente otra cosa. Pero ¿qué sucede si la diferencia entre dicho valor y la compensación no es tan escandalosa? ¿Qué es lo que realmente exige, en circunstancias normales, el artículo 1 del Protocolo Adicional?, ¿una compensación equivalente al valor de mercado de los bienes o una compensación que no se aleje excesivamente del mismo?

Todo sugiere que la expresión al uso, *relación razonable entre la indemnización y el valor del bien*, matiza la referencia al *valeur marchan-*

de, que seguramente no debe interpretarse de forma estrictamente literal. En realidad, el criterio del Tribunal está muy relacionado con el principio de justo equilibrio y su corolario de no admitir que pesen sobre el interesado cargas exorbitantes o desproporcionadas. Y no parece que este contexto teórico repudie compensaciones que mantengan con el valor real del bien una relación razonable aunque no lleguen a alcanzarlo. Pero cuidado, la diferencia en tales casos no puede ser la misma que la aceptable cuando se identifican motivos legítimos de utilidad pública justificativos del abono de un justiprecio inferior al valor de los bienes expropiados o nacionalizados, pues de otro modo ambas hipótesis acabarían confundiéndose cuando, a juicio del Tribunal, son claramente distintas. Dicho de otro modo, cualesquiera que sean las cuantías aceptables cuando tales motivos entran en juego, en los demás casos el criterio es que aunque la indemnización no tiene por qué ascender necesariamente al valor real del bien, sí ha de mantener una *relación razonable* con el mismo.

Como bien se comprende, los argumentos jurisprudenciales dejan abonado el campo de la casuística.

V. CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA. PROPORCIONALIDAD

La segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional reclama que la privación se justifique en una causa de utilidad pública (*cause d'utilité publique, in the public interest*). ¿Qué implica esta exigencia?

Las ideas fundamentales figuran impresas en *James* (1986), que señala que de las diferencias apreciables entre el texto francés e inglés no cabe extraer distinciones fundamentales de significado (§ 43) y concluye como sigue: «un transfert de propriété opéré dans le cadre d'une politique légitime —d'ordre social, économique ou autre— peut répondre à l'utilité publique même si la collectivité dans son ensemble ne se sert ou ne profite pas elle-même du bien dont il s'agit» (§ 45). Por lo tanto, no es imprescindible que la privación beneficie a la comunidad en general. El argumento es de peso, pero no es el único relevante de la sentencia, pues el Tribunal apela al *margen nacional de apreciación*, que introduce en el régimen europeo de la privación de la propiedad.

Cualesquiera que sean las virtudes y defectos de dicho criterio y de su aplicación jurisprudencial⁴³, no podemos dejar de señalar que hace acto de presencia aquí. En palabras de la sentencia *James*: debido al

⁴³ Véase, con carácter general, J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Ed. Civitas, 2010.

conocimiento directo del propio país y de sus necesidades, las autoridades nacionales están en principio en mejores condiciones que un tribunal internacional para determinar qué es de utilidad pública, gozando al respecto de un margen discrecional; habida cuenta de ello, de la natural amplitud del concepto de utilidad pública y de que las leyes que suponen privaciones implican normalmente el examen de cuestiones sociales, económicas y políticas sobre las cuales pueden existir opiniones diversas, el Tribunal respeta la forma en que el legislador nacional concibe las exigencias de utilidad pública salvo que su criterio carezca manifiestamente de fundamento razonable (§ 46). El argumento es reiterado en, por ejemplo, *Pressos Compañía Naviera* (1995, § 37), *Ex rey de Grecia* (2000, §§ 87 y 88), *Pincová y Pinc* (2002, §§ 47 y 48), *Broniowski* (2004, § 149), *Jahn* (2005, § 91), *Mau-pas* (2006, § 18).

Ello no significa que el Tribunal no evalúe si las inferencias obedecen al requisito europeo de la causa de utilidad pública, pero sí que muestra cierta deferencia hacia el criterio nacional. Así sucede, desde luego, cuando las privaciones de la propiedad tienen que ver con la aplicación de medidas políticas, económicas o sociales cuyos objetivos conectan con intereses públicos que trascienden de los que abonan la expropiación aislada de un bien determinado; pero ¿y si la privación de la propiedad trae causa en fines más específicos o singulares, como por ejemplo la ejecución de una obra pública determinada? ¿También entonces apela el Tribunal al margen de apreciación estatal con la inherente consecuencia de comportarse como un órgano jurisdiccional de control poco menos que negativo en lo que se refiere a la causa de expropiar? Todo indica que sí, que el juicio europeo se ciñe a verificar si la decisión estatal no está manifiestamente desprovista de fundamento razonable; de ahí que el control jurisdiccional de este elemento sea de intensidad ciertamente débil, como la doctrina destaca con frecuencia⁴⁴.

Cuestión diferente es que el Tribunal haya censurado comportamientos estatales por motivos relacionados con la causa de utilidad pública. *Motais de Narbona* (2002) y *Beneficio Capella Paolini* (2004) son muestra de ello. Sin embargo, tales asuntos no ilustran el alcance del control europeo sobre la causa de expropiar; cierto que ésta desempeñó en ambos un papel importante, pero el escrutinio jurisprudencial dis-

⁴⁴ Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 988-989; J. DE MEYER, *op. cit.*, págs. 66-67; J. L. CHARRIER, *op. cit.*, pág. 222; C. B. SCHUTTE, *op. cit.*, pág. 56; A. VAN RIJN, *op. cit.*, págs. 878 ss.; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pág. 714; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, págs. 526-527. Parece que en este contexto teórico hay que ubicar la pregunta de M. AGUILERA (*op. cit.*, pág. 794) acerca de si «debe seguirse el criterio de que, al menos que se demuestre lo contrario, la interferencia en la propiedad se presumirá legítima».

currió por derroteros distintos al del análisis de si concurrían o no motivos de utilidad pública legitimadores de la privación⁴⁵.

Para cerrar este apartado, debemos hacer mención al principio de proporcionalidad que la sentencia *James* (1986) introdujo del modo siguiente en la exégesis de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional: el hecho de aceptar que el criterio estatal no está manifiestamente desprovisto de fundamento en punto a la selección de la causa que justifica la privación «no resuelve el problema», pues no basta con que la medida litigiosa persiga fines de utilidad pública, sino que ha de existir también una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y los objetivos legítimos pretendidos (§ 50). Desde entonces, la idea aparece constantemente en la jurisprudencia europea e incluso figura en la STC 48/2005, de 3 de marzo, que cita seis sentencias de Estrasburgo, evoca los elementos del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y afirma que del mismo se sirve el TEDH a propósito del artículo 1 del Protocolo Adicional. Creo, sin embargo, que no es exactamente así.

Es rigurosamente cierto que el principio de proporcionalidad figura entre los argumentos mayores de la jurisprudencia de Estrasburgo⁴⁶, pero dista de estar claro que ésta aplique el juicio de proporcionalidad en los mismos términos que lo hace la citada sentencia del Tribunal Constitucional español (y que en el caso le condujeron a declarar inconstitucional una ley autonómica que expropiaba ciertos inmuebles con vistas a la ampliación del Parlamento regional). La sentencia *James* aclaró ya que la existencia de soluciones alternativas no convierte en injustificada la privación siempre y cuando la medida sea razonable y adecuada para alcanzar la finalidad legítima perseguida. Y eso no es aplicar el juicio de proporcionalidad en el sentido que dice nuestro Tribunal Constitucional, pues supone renunciar al análisis de si una injerencia menos gravosa que la privación de la propiedad pudiera haber sido igualmente apta para la consecución del fin pretendido⁴⁷. Si la doctrina más cualificada habla en este contexto de un con-

⁴⁵ En *Motais de Narbona*, el tema decisivo fue que la inejecución de la causa de expropiar tuvo como secuela que los propietarios iniciales no pudieran beneficiarse de la plusvalía experimentada por el bien a consecuencia del paso del tiempo y sin que el mantenimiento de la finca en manos de la Administración pudiera justificarse razonablemente. En *Beneficio Capella Paolini*, el problema giraba en torno a la imposibilidad de recuperar la parte expropiada pero no afectada a la finalidad justificativa de la privación.

⁴⁶ No sólo, por supuesto, en relación con los temas que nos ocupan; vid. M. A. EISSEN, «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en la obra colectiva, ya citada, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, págs. 65 ss., con referencias al artículo 1 del Protocolo Adicional en 71-72 y 80; también, el estudio de FASSBENDER citado en la nota siguiente.

⁴⁷ Por supuesto que sin cita de esa sentencia constitucional, cfr. B. FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Huma-

trol europeo de *no desproporcionalidad*, no es por hacer un juego de palabras⁴⁸.

¿Qué quiere decir realmente el TEDH cuando afirma, y lo hace reiteradamente, que la medida litigiosa no debe imponer al individuo una carga desproporcionada o que el interés legítimo perseguido por las autoridades nacionales no puede desembocar en la imposición de cargas desproporcionadas y excesivas? Ciñéndonos exclusivamente a las injerencias que son privaciones, la idea de proporcionalidad, estrechamente ligada a la de justo equilibrio, acaba traducándose realmente en el estudio de si se ha otorgado al interesado una indemnización razonable. Entre otras muchas sentencias, *Pressos Compañía Naviera* (1995, § 38), *Yagtzilar* (2001, § 40), *Jahn* (2005, §§ 93 y 94) y *Scordino* (n.º 1) (2006, §§ 102-103) muestran que, en caso de privaciones, el tema de la proporcionalidad se resuelve en el de la indemnización⁴⁹.

Entiendo que ello obedece a una actitud pragmática, que no es en sí misma censurable. Si el Tribunal afronta con enorme comedimiento la justificación material de las decisiones estatales (causa de utilidad pública) y prefiere no valorar si una medida diferente a la privación de la propiedad podría ser eficaz para la consecución del fin legítimo perseguido, no deja de tener sentido que gire la batuta hacia el tema económico. No estoy diciendo que me parezca la mejor de las metodologías posibles, pero sí que los resultados prácticos son positivos una vez que el Tribunal, haciendo gala de un *self restraint* del que se puede discrepar, orilla el análisis de otros aspectos sustantivos. Con todo, lo más llamativo es el extraordinario realce conferido a un elemento (la indemnización) que no figura formalmente en la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, en contraste con el escaso relieve que adquiere en la práctica un elemento (la causa de utilidad pública) que sí figura en ella.

nos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 68-69; J. BARNÉS VÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 129-130.

⁴⁸ L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 989. La consecuencia es patente; en palabras de B. FASSBENDER (*op. y loc. cit.*), que cita a otros autores, «no puede sorprender que el Tribunal, en lo que hace a la delimitación del derecho de propiedad, haya considerado justificados todos los casos de necesidad de intervención alegados hasta ahora por los Estados firmantes del Convenio».

⁴⁹ Vínculo destacado por L. SERMET, *op. cit.*, pág. 36; M. PUÉCHAVY, «L'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme», en *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, págs. 89 ss.; A. VAN RIJN, *op. cit.*, págs. 881 ss.; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 363; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, págs. 531-532.

VI. EXIGENCIAS DE LEGALIDAD

La segunda frase del párrafo primero del artículo 1 del Protocolo Adicional reclama que la privación de la propiedad (en rigor, de los bienes en el sentido del precepto) respete las condiciones previstas por la ley (*the conditions provided for by law, les conditions prévues par la loi*). Es necesario aclarar que ello supone una llamada al ordenamiento interno de cada Estado parte, pero no a una forma normativa determinada. En el contexto del Convenio, el significado de la palabra *ley* se desliga del que pueda tener en los ordenamientos nacionales y remite a lo que cada sistema de fuentes disponga en orden al rango de la norma que ha de señalar las condiciones que deben observarse en caso de privación de bienes, extremo en el que el Convenio no se entromete. Es más, ni siquiera tiene que tratarse de una norma escrita en el sentido de los sistemas jurídicos continentales, pudiendo consistir en una práctica jurisprudencial. Pero, así entendida, la *ley* debe existir y cualquier privación ajustarse a lo dispuesto en la misma.

Por lo pronto, ello supone que una privación carente de cobertura normativa en el plano interno o no respetuosa con las disposiciones nacionales es por sí misma contraria a la segunda frase del artículo 1 del Protocolo Adicional⁵⁰; de ahí que, una vez constatado que la injerencia no se ajusta al Derecho nacional, el Tribunal declare la violación del precepto europeo sin necesidad de indagaciones ulteriores, considerándose dispensado de analizar si la medida mantuvo el justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la salvaguardia de los derechos individuales⁵¹. A la inversa, el respeto de la legalidad es un requisito necesario pero no suficiente desde el punto de vista europeo. Que una privación observe la reglamentación interna significa que cumple con la exigencia que comentamos, pero no que sea conforme a los patrones europeos; por ello, verificado el respeto al principio de legalidad, el Tribunal se adentra por los vericuetos de los demás aspectos de la garantía europea del derecho de propiedad. Así, *Ex rey de Grecia* (2000), *Pincová y Pinc* (2002), *Broniowski* (2004).

⁵⁰ C. OWEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 361. Los autores ilustran la idea con la cita de la sentencia *Iatridis* (1999), pero ésta no se refiere a una privación de la propiedad; ello, sin embargo, no tiene demasiada importancia dado que el Tribunal analiza cualesquiera injerencias en el derecho garantizado por el artículo 1 del Protocolo Adicional a la luz del principio de legalidad, por lo que el argumento sirve igualmente a nuestros efectos. Concretamente, el Tribunal indica en § 62 que estima, con la Comisión, que la injerencia litigiosa es manifiestamente ilegal según el ordenamiento interno, y en consecuencia incompatible con el derecho al respeto de los bienes.

⁵¹ En este sentido, por ejemplo, *Vergu* (2011), § 56.

Si todo concluyera aquí, la exigencia de legalidad podría resolverse prácticamente de modo formal, epidérmico si se quiere: si para entender satisfecha la exigencia internacional bastara con que la ley (en el sentido del Convenio) previera la injerencia, el requisito podría cumplimentarse con extraordinaria facilidad. Sin embargo, no es así. La sentencia *James* (1986) precisó que no se trata sólo de que la ley prevea la injerencia, sino también de la *calidad de la ley* (§ 67); y en *Lithgow* (1986) el Tribunal aclaró que si la expresión convencional «en las condiciones previstas por la ley» implica la existencia de normas internas, también reclama que las mismas puedan conocerse y sean precisas (§ 110). Años después, en *Binotti* (2005, § 80), el Tribunal dice estar convencido de que la mera existencia de una base legal no basta para satisfacer el principio de legalidad y que es útil detenerse en el aspecto de la *calidad de la ley*⁵².

¿Y cómo se evalúa si la ley tiene suficiente calidad o no? Parece fuera de duda que hablamos de un requisito material, no meramente formal, por lo que si la publicidad de la ley es imprescindible no es decisiva en punto al análisis de su *calidad*. Suministra un argumento interesante la sentencia *Beyeler* (2000): las normas internas deben ser suficientemente accesibles, precisas y previsibles (§ 109). Tales adjetivos reflejan el criterio esencial, que el Tribunal recuerda cada vez que tiene ocasión. Por ejemplo, *Broniowski* (2004, § 147), *Binotti* (2005, § 79), *Guiso-Gallisay* (2005, § 82), *Burghilea* (2009, § 36), *Naydenov* (2009, § 73). La cita podría alargarse.

Es justamente el tema del principio de legalidad del que se ha servido la jurisprudencia de Estrasburgo en el enjuiciamiento, ciertamente severo, que ha hecho de la llamada *expropiación indirecta, occupazione acquisitiva o accensione invertita*, que ha dado lugar a una importante y nutrida serie de sentencias cuyos argumentos principales deben ser recordados ahora⁵³.

⁵² La apelación a la *calidad de la ley* no es un endemismo de la garantía europea del derecho de propiedad, pues el Tribunal recurre a ella al hilo de otras previsiones convencionales. Véase, con carácter general, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos Valenzuela Contreras y Prado Bugallo, ambos contra España)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 377 ss. A propósito de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, págs. 39 ss.

⁵³ Doctrinalmente, vid. R. HOSTIOU, «La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 70, 2007, págs. 385 ss.; «L'expropriation indirecte: Requiem pour une théorie aujourd'hui défunte et que d'aucuns estiment pouvoir encore ressusciter», en *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Devillier*, Montchrestien, 2008, págs. 579 ss.; I. GALLEGÓ CÓRCOLES, «El procedimiento de expropiación italiano: entre la irrelevancia de las formas y la intervención correctora del TEDH», núm. 169 de esta REVISTA, 2006, págs. 393 ss. De la envergadura del problema da cuenta la *Résolution intérimaire CM/ResDH* (2007) 3, del Comité de Ministros,

En caso de ocupaciones amparadas en razones de urgencia y sin el cumplimiento de los trámites legales, el Tribunal de Casación italiano, poniendo fin a las discrepancias jurisprudenciales existentes, resolvió en 1983 que la Administración adquiriría el bien una vez ejecutada la obra pública y que el interesado tenía derecho a una compensación que debía solicitar en el plazo de prescripción de cinco años a partir de la transformación irreversible del terreno (extremo éste que fue nuevamente afirmado en 1992). Por su parte, el Tribunal Constitucional consideró que ello no vulneraba la Constitución habida cuenta de la prevalencia del interés público (la conservación de la obra pública) sobre el particular (el derecho de propiedad o, mejor dicho, el derecho a no ser privado de ella mediante procedimientos ablatorios ilegales). Dos sentencias del TEDH de 30 de mayo de 2000 (*Carbonara y Ventura y Belvedere Alberghiera S.r.l.*) abordaron la cuestión desde la perspectiva de las exigencias de legalidad. En ambos casos, el problema de fondo era el mismo: la ocupación ilegal de unos terrenos con vistas a la ejecución de una obra pública que, en efecto, fue erigida⁵⁴.

Partiendo de la idea de que una injerencia en el derecho al respeto de los bienes debe tener una base legal y del principio de preeminencia del Derecho, el Tribunal afirma que no pretende enjuiciar en abstracto el principio jurisprudencial de la expropiación indirecta ni si en un sistema jurídico continental ocupa un lugar asimilable al de las disposiciones normativas, pero subraya «que le principe de légalité signifie l'existence de normes de droit interne suffisamment accessibles, précises et prévisibles». Se hace eco después de que la jurisprudencia en la materia ha conocido una evolución que ha dado lugar a criterios dispares, «ce que pourrait aboutir à un résultat imprévisible ou arbitraire et priver les intéressés d'une protection efficace de leur droits et, par conséquent, serait incompatible avec le principe de légalité». Y apostilla que puesto que toda expropiación indirecta tiene en su base una ocupación ilegal de un terreno, «émet des réserves sur la compatibilité avec le principe de légalité d'un mécanisme qui, de manière générale, permet à l'administration de tirer bénéfice d'une situation illégale et par l'effet duquel le particulier se trouve devant le fait

relativa a la violación sistemática por Italia del derecho de propiedad a causa de la práctica de las expropiaciones indirectas (14 de febrero de 2007), que cita decenas de sentencias definitivas del Tribunal dictadas entre mayo de 2000 y julio de 2006; ahí no acaba el listado, pues el Tribunal ha seguido pronunciándose después sobre el particular.

⁵⁴ A partir de dicha problemática común, cada uno de los dos casos presentaba perfiles particulares, que a nuestros efectos no es necesario recordar. Una sucinta alusión a esas dos sentencias, en el marco de un estudio centrado en el Derecho francés, que no deja de ofrecer experiencias parecidas, en J. BARCELONA LLOP, «La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (*Ouvrage public mal planté ne se détruit pas*)», núm. 154 de esta REVISTA, 2001, págs. 494-495 y nota 110.

accompli» (*Carbonara y Ventura*, §§ 63-67; *Belvedere Alberghiera*, §§ 56-59).

Con independencia de los pasos que hayan podido darse en el ordenamiento italiano con la intención de superar la situación censurada en las dos sentencias europeas que acabamos de citar, el Tribunal ha seguido declarando que Italia ha vulnerado el artículo 1 del Protocolo Adicional por los mismos motivos. Esto es, constatando la ilegalidad de la ocupación y que la ausencia de un acto formal de expropiación crea una situación que no puede calificarse de previsible, puesto que la garantía (indemnizatoria) del particular pasa por que un tribunal de justicia reconozca definitivamente que, a pesar de tratarse de una ocupación *ab initio* ilegal, la consumación de la obra pública imposibilita la recuperación del bien, surgiendo sólo entonces el derecho del interesado a reclamar una indemnización; y lo cierto es que entre la ocupación y dicha resolución judicial ha podido transcurrir un largo período de tiempo durante el que el interesado ha permanecido en la incertidumbre. Dicho de otro modo, en ausencia de una expropiación formal o regular, el mecanismo de la expropiación indirecta mantiene a la víctima (entiéndase la expresión en el sentido del artículo 34 del Convenio) durante un tiempo más o menos largo en una especie de *limbo*: ha sido desposeído de su propiedad pero no ha sido propiamente expropiado ni puede reclamar la indemnización en tanto en cuanto los tribunales resuelvan en sentencia firme que la ejecución de la obra pública imposibilita la restitución de la finca. Situación no compatible con las exigencias de certeza y seguridad insertas en la noción de *calidad de la ley*, noción que, como nos consta, el Tribunal maneja con soltura en este ámbito y que, en definitiva, facilita que la Administración se beneficie de un comportamiento ilegal y alternativo a la expropiación *en bonne et due forme*⁵⁵. La *Corte Costituzionale* ha hecho ya suyo el argumento principal⁵⁶.

⁵⁵ Por ejemplo, *Sciarrotta* (2006), §§ 70-74; *Velocci* (2008), §§ 41-42; *Sotira* (2009), §§ 46-47. Referencias a otros casos anteriores en I. GALLEGO CÓRCOLES, *op. cit.*, págs. 408-410.

⁵⁶ Véase la sentencia núm. 293, de 8 de octubre de 2010. La sentencia gira sustancialmente en torno a cuestiones relacionadas con los límites constitucionales de la legislación delegada, que habrían sido infringidos por la norma del *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia de espropriazioni per pubblica utilità*, de 2001, alusiva a las cuestiones que nos ocupan; pero la *Corte* introduce también en su argumento la perspectiva europea: «[a]nche considerando la giurisprudenza di Strasburgo, pertanto, non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare la stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio de legalità» denunciado por el TEDH.

VII LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Dos palabras tan sólo para explicar el significado del requisito convencional consistente en la remisión a los principios generales del Derecho internacional, elemento ciertamente endémico de la segunda norma del artículo 1 del Protocolo⁵⁷.

En su acepción tradicional, tales principios reclaman que los extranjeros privados de sus propiedades por el Estado sean compensados económicamente⁵⁸. Puesto que el artículo 1 del Protocolo Adicional apela a ellos, cabe entender que asume el criterio y que únicamente garantiza una indemnización en tales casos. La sentencia *James* (1986) se mantuvo justamente en esta línea frente a la alegación de los demandantes, que sostenían que la remisión a los principios generales del Derecho internacional beneficiaba por igual a nacionales y extranjeros en punto al derecho a la indemnización (§§ 59-60). La sentencia *Lithgow* (1986) reiteró el argumento (§§ 111-119). Por lo tanto, los nacionales privados de sus bienes no pueden fundamentar derecho alguno a la indemnización en tales principios generales, dado que no les son aplicables⁵⁹.

Aunque el tema no ha dejado de suscitar controversias, su interés real es meramente histórico en la medida en que, como hemos visto, el Tribunal ha erigido a la indemnización en auténtico requisito europeo de validez de las privaciones. De ahí se deduce que si el privado de sus bienes es un extranjero, la indemnización procederá de conformidad con los principios generales del Derecho internacional y la propia jurisprudencia de Estrasburgo en la medida en que los Estados se com-

⁵⁷ *Bosphorus* (2005), § 142: una vez decidido que se aplica en el caso la tercera norma del artículo 1 del Protocolo Adicional, «l'invocation par la société requérante des "principes généraux du droit international", au sens particulier du premier paragraphe de l'article 1 du Protocole n.º 1 n'exige donc pas un examen séparé».

⁵⁸ Valga la referencia a un clásico: A. VERDROSS, *Derecho internacional público*, Ed. Aguilar, 1955, págs. 299-300. Ya a la vista de la norma que nos ocupa, C. RUSSO, «L'applicabilité aux nationaux des "principes généraux du droit international" visés à l'article 1 du Protocole n.º 1», en *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, págs. 547 ss.; C. OVEY y R. C. A. WHITE, *op. cit.*, pág. 362; D. HARRIS *et al.*, *op. cit.*, pág. 679. La Resolución del Comité de Ministros (52) 1, adoptada el 19 de marzo de 1952, por la que se aprobó el Protocolo Adicional, hizo notar que los principios generales del Derecho internacional «dans leur acception actuelle, comprennent l'obligation de verser aux non-nationaux une indemnité en cas d'expropriation».

⁵⁹ En el seno del propio Tribunal se manifestaron opiniones menos rotundas, como acredita la concordante que emitieron los jueces Bindschedler-Robert, Gölckückklü, Matscher, Pettiti, Russo y Spielmann en el caso *James*. El juez Russo reitera su punto de vista en sede doctrinal en el estudio citado en la nota precedente. Tampoco la doctrina parece muy satisfecha con el argumento del Tribunal; cfr. F. SUDRE, *La protection*, cit., págs. 76-77; L. CONDORELLI, *op. cit.*, pág. 987; J. DE MEYER, *op. cit.*, pág. 74.

prometen a reconocer los derechos garantizados por el sistema del Convenio a toda persona dependiente de su jurisdicción (art. 1), sea nacional o no; y que si el privado de sus bienes es un nacional, su derecho a la indemnización proviene del principio de justo equilibrio que el Tribunal ha convertido en quicio de la interpretación y aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional⁶⁰.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Conforme a lo anunciado al principio, se identifican ahora de forma completa las sentencias y decisiones del Tribunal citadas a lo largo de las páginas precedentes. La base de datos *Westlaw* suministra abundante información, pero es recomendable la consulta de HUDOC en la página web del propio Tribunal (los textos en francés y/o en inglés). A los efectos de la elaboración del presente trabajo, se ha accedido por última vez a HUDOC el 2 de marzo de 2011.

- (1976) *Handyside contra Reino Unido*. Demanda núm. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976.
- (1979) *Marckx contra Bélgica*. Demanda núm. 6833/74. Sentencia de 13 de junio de 1979.
- (1982) *Sporrong y Lönnroth contra Suecia*. Demandas núms. 7151/75 y 7152/75. Sentencia de 23 de septiembre de 1982.
- (1986) *James y otros contra Reino Unido*. Demanda núm. 8793/79. Sentencia de 21 de febrero de 1986.
- (1986) *Lithgow y otros contra Reino Unido*. Demandas núms. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 y 9405/81. Sentencia de 8 de julio de 1986.
- (1989) *Tre Traktörer AB contra Suecia*. Demanda núm. 10873/84. Sentencia de 7 de julio de 1989.
- (1989) *Mellacher y otros contra Austria*. Demandas núms. 10522/83, 11011/84 y 11070/84. Sentencia de 19 de diciembre de 1989.
- (1991) *Pine Valley Developments Ltd. y otros contra Irlanda*. Demanda núm. 12742/87. Sentencia de 29 de noviembre de 1991.
- (1993) *Papamichalopoulos contra Grecia*. Demanda núm. 14556/89. Sentencia de 24 de junio de 1993.
- (1994) *Los Santos Monasterios contra Grecia*. Demandas núms. 13092/87 y 13984/88. Sentencia de 9 de diciembre de 1994.
- (1995) *Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH contra Países Bajos*. Demanda núm. 15375/89. Sentencia de 23 de febrero de 1995.
- (1995) *Pressos Compañía Naviera S.A. y otros contra Bélgica*. Demanda núm. 17849/91. Sentencia de 20 de noviembre de 1995.

⁶⁰ Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, págs. 987-988; J. F. RENUCCI, *op. cit.*, pág. 526; H. VANDENBERGHE, *op. cit.*, pág. 45; A. VAN RIJN, *op. cit.*, pág. 986; F. SUDRE, *Droit européen*, cit., pág. 579; J. P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, pág. 718. Es de suponer que se refiere a esto I. LASAGABASTER (*op. cit.*, pág. 622) cuando indica que la razón del criterio del Tribunal en punto al ámbito subjetivo de aplicación de la remisión a los principios generales del Derecho internacional «y de la discusión doctrinal desarrollada en torno al mismo parece que han perdido bastante de su razón de ser en la actualidad».

- (1996) *Katikaridis y otros contra Grecia*. Demanda núm. 19385/92. Sentencia de 15 de noviembre de 1996.
- (1996) *Loizidou contra Turquía*. Demanda núm. 15318/89. Sentencia de 18 de diciembre de 1996 (Gran Sala).
- (1998) *Vasilescu contra Rumania*. Demanda núm. 27053/95. Sentencia de 22 de mayo de 1998.
- (1999) *Papachelas contra Grecia*. Demanda núm. 31423/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999.
- (1999) *Iatridis contra Grecia*. Demanda núm. 31107/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999.
- (1999) *Chassagnou y otros contra Francia*. Demandas núms. 25088/94, 28331/95 y 28433/95. Sentencia de 29 de abril de 1999.
- (1999) *Brumarescu contra Rumania*. Demanda núm. 28342/95. Sentencia de 28 de octubre de 1999.
- (2000) *Beyeler contra Italia*. Demanda núm. 33202/96. Sentencia de 5 de enero de 2000 (Gran Sala).
- (2000) *Almeida Garret Mascarenhas Falção y otros contra Portugal*. Demandas núms. 28193/96 y 30299/96. Sentencia de 11 de enero de 2000.
- (2000) *Carbonara y Ventura contra Italia*. Demanda núm. 24638/94. Sentencia de 30 de mayo de 2000.
- (2000) *Belvedere Alberghiera S.r.l. contra Italia*. Demanda núm. 31524/96. Sentencia de 30 de mayo de 2000.
- (2000) *Savvidou contra Grecia*. Demanda núm. 39704/97. Sentencia de 1 de agosto de 2000.
- (2000) *Ex rey de Grecia y otros contra Grecia*. Demanda núm. 25701/94. Sentencia de 23 de noviembre de 2000.
- (2001) *Malama contra Grecia*. Demanda núm. 43622/98. Sentencia de 1 de marzo de 2001.
- (2001) *Gülfiye Öztürk contra Turquía*. Demanda núm. 19679/92. Sentencia de 6 de junio de 2001.
- (2001) *Yagtzilar y otros contra Grecia*. Demanda núm. 41727/98. Sentencia de 6 de diciembre de 2001.
- (2002) *Tsirikakis contra Grecia*. Demanda núm. 46355/99. Sentencia de 17 de enero de 2002.
- (2002) *Lallement contra Francia*. Demanda núm. 46044/99. Sentencia de 1 de abril de 2002.
- (2002) *Jokela contra Finlandia*. Demanda núm. 28856/95. Sentencia de 21 de mayo de 2002.
- (2002) *Motais de Narbona contra Francia*. Demanda núm. 48161/90. Sentencia de 2 de julio de 2002.
- (2002) *Sovtransavto Holding contra Ucrania*. Demanda núm. 48553/99. Sentencia de 25 de julio de 2002.
- (2002) *Pincová y Pinc contra República Checa*. Demanda núm. 36548/97. Sentencia de 5 de noviembre de 2002.
- (2004) *Jahn y otros contra Alemania*. Demandas núms. 46720/99, 72230/01 y 72552/01. Sentencia de 22 de enero de 2004.
- (2004) *Jorge Nina Jorge contra Portugal*. Demanda núm. 52662/99. Sentencia de 19 de febrero de 2004.
- (2004) *Broniowski contra Polonia*. Demanda núm. 31443/96. Sentencia de 22 de junio de 2004 (Gran Sala).
- (2004) *Dogan y otros contra Turquía*. Demandas núms. 8803/02, 8804/02, 8805/02, 8806/02, 8807/02, 8808/02, 8809/02, 8810/02, 8811/02, 8813/02, 8815/02, 8816/02, 8817/02, 8818/02 y 8819/02. Sentencia de 29 de junio de 2004.
- (2004) *Beneficio Capella Paolini contra San Marino*. Demanda núm. 40786/88. Sentencia de 13 de julio de 2004.

- (2004) *Scordino (n.º 2) contra Italia*. Demanda núm. 36815/97. Sentencia de 15 de julio de 2004.
- (2004) *Mora do Vale y otros contra Portugal*. Demanda núm. 53468/99. Sentencia de 29 de julio de 2004.
- (2004) *Kopecky contra Eslovaquia*. Demanda núm. 44912/98. Sentencia de 28 de septiembre de 2004 (Gran Sala).
- (2004) *Chivorchian contra Rumania*. Demanda núm. 42513/98. Sentencia de 2 de noviembre de 2004.
- (2004) *Geraldes Barba contra Portugal*. Demanda núm. 61009/00. Sentencia de 4 de noviembre de 2004.
- (2004) *Ornerlyidiz contra Turquía*. Demanda núm. 48939/99. Sentencia de 30 de noviembre de 2004 (Gran Sala).
- (2005) *Matheus contra Francia*. Demanda núm. 62740/00. Sentencia de 31 de marzo de 2005.
- (2005) *Jahn y otros contra Alemania*. Demandas núms. 46720/99, 72230/01 y 72552/01. Sentencia de 30 de mayo de 2005 (Gran Sala).
- (2005) *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*. Demanda núm. 45306/98. Sentencia de 30 de junio de 2005 (Gran Sala).
- (2005) *Binotti contra Italia*. Demanda núm. 71603/01. Sentencia de 10 de octubre de 2005.
- (2005) *N. A. y otros contra Turquía*. Demanda núm. 37451/97. Sentencia de 11 de octubre de 2005.
- (2005) *Saliba contra Malta*. Demanda núm. 4251/02. Sentencia de 8 de noviembre de 2005.
- (2005) *J. A. Pye (Oxford) Ltd. y J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. contra Reino Unido*. Demanda núm. 44302/02. Sentencia de 15 de noviembre de 2005.
- (2005) *Guiso-Gallisay contra Italia*. Demanda núm. 58858/00. Sentencia de 8 de diciembre de 2005.
- (2006) *Sciarrotta y otros contra Italia*. Demanda núm. 14793/02. Sentencia de 12 de enero de 2006.
- (2006) *Athanasiou y otros contra Grecia*. Demanda núm. 2531/02. Sentencia de 9 de febrero de 2006.
- (2006) *Scordino (n.º 1) contra Italia*. Demanda núm. 36813/97. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Gran Sala).
- (2006) *Dogruso y Aslan contra Turquía*. Demanda núm. 1262/02. Sentencia de 30 de mayo de 2006.
- (2006) *Hutten-Czapska contra Polonia*. Demanda núm. 35014/97. Sentencia de 19 de junio de 2006 (Gran Sala).
- (2006) *Maupas y otros contra Francia*. Demanda núm. 13844/02. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- (2007) *Anheuser-Busch Inc. contra Portugal*. Demanda núm. 73049/01. Sentencia de 11 de enero de 2007 (Gran Sala).
- (2007) *J. A. Pye (Oxford) Ltd. y J. A. Pye (Oxford) Land Ltd. contra Reino Unido*. Demanda núm. 44302/02. Sentencia de 30 de agosto de 2007 (Gran Sala).
- (2007) *Draculet contra Rumania*. Demanda núm. 20294/02. Sentencia de 6 de diciembre de 2007.
- (2008) *Velocci contra Italia*. Demanda núm. 1717/03. Sentencia de 18 de marzo de 2008.
- (2008) *Gigli Costruzioni S.R.L. contra Italia*. Demanda núm. 10577/03. Sentencia de 1 de abril de 2008.
- (2008) *Bortesi y otros contra Italia*. Demanda núm. 71399/01. Sentencia de 10 de junio de 2008.
- (2009) *Sotira contra Italia*. Demanda núm. 16508/05. Sentencia de 8 de abril de 2009.
- (2009) *Burghelca contra Rumania*. Demanda núm. 26895/03. Sentencia de 27 de enero de 2009.

- (2009) *Kindler de Barahona contra Portugal*. Demanda núm. 31720/05. Sentencia de 10 de febrero de 2009.
- (2009) *Kozacioglu contra Turquía*. Demanda núm. 2334/03. Sentencia de 19 de febrero de 2009 (Gran Sala).
- (2009) *Melo e Faro Maldonado Passanha y otros contra Portugal*. Demanda núm. 44386/05. Sentencia de 24 de febrero de 2009.
- (2009) *Naghi contra Rumania*. Demanda núm. 31139/03. Sentencia de 21 de julio de 2009.
- (2009) *Naydenov contra Bulgaria*. Demanda núm. 17353/03. Sentencia de 26 de noviembre de 2009.
- (2009) *Muñoz Díaz contra España*. Demanda núm. 49151/07. Sentencia de 8 de diciembre de 2009.
- (2010) *Aizpurua Ortiz y otros contra España*. Demanda núm. 42430/05. Sentencia de 2 de febrero de 2010.
- (2010) *R. P. contra Francia*. Demanda núm. 10271/02. Sentencia de 21 de enero de 2010.
- (2010) *Sud Parisienne de Construction contra Francia*. Demanda núm. 33704/04. Sentencia de 11 de febrero de 2010.
- (2010) *Depalle contra Francia*. Demanda núm. 34044/02. Sentencia de 29 de marzo de 2003 (Gran Sala).
- (2010) *Companhia Agricola Das Polvorosas contra Portugal*. Demanda núm. 12883/06. Sentencia de 16 de marzo de 2010.
- (2010) *Di Belmonte contra Italia*. Demanda núm. 72638/01. Sentencia de 16 de marzo de 2010.
- (2010) *Sarica y Dilaver contra Turquía*. Demanda núm. 11765/05. Sentencia de 27 de mayo de 2010.
- (2010) *Perdigao contra Portugal*. Demanda núm. 24768/06. Sentencia de 16 de noviembre de 2010 (Gran Sala).
- (2010) *Hüseyin Ak y otros contra Turquía*. Demandas núms. 15523/04 y 15891/04. Sentencia de 7 de diciembre de 2010.
- (2011) *Vergu contra Rumania*. Demanda núm. 8209/06. Sentencia de 11 de enero de 2011.

